Die Ehefrau als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft und als Kommanditistin unter Zugrundelegung des gesetzlichen Güterstandes der Verwaltungsgemeinschaft.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Kurt Pinczower

aus Berlin

Referendar am kgl. Amtsgericht zu Züllichau.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 17. Juli 1908.

Berlin 1908.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Straße 108.

23

Referent: Univ.-Professor Dr. Sehling.

Meiner Mutter
und dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542703_0040

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung:

Abgrenzung des Themas 11

Abschnitt I.

§ 1. Die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau 12
a) Im alten Recht.
b) Im modernen Recht.

Abschnitt II.

Der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Ehefrau.

§ 2. Erklärung der Begriffe „Erwerbsgeschäft" und „selbständiger Betrieb" 17

§ 3. Die Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft als selbständige Gewerbetreibende 22

§ 4. Die Kommanditistin als selbständige Gewerbetreibende 28
1. Die Rechtsstellung der Kommanditistin.
a) Bei Errichtung der Gesellschaft.
b) Gegenüber den anderen Gesellschaftern.
c) Gegenüber Dritten.
d) Bei Auflösung der Gesellschaft.
e) Bei der Liquidation der Gesellschaft.
2. Sonderbestimmungen, welche für und gegen die Kommanditistin als selbständige Gewerbetreibende sprechen.

Abschnitt III.

Die sich aus dem selbständigen Betrieb des Erwerbsgeschäfts ergebenden Rechtsverhältnisse.

§ 5. Die Rechtsstellung des Erwerbsgeschäfts im Güterrecht 43
a) Die Auslegung des § 1366 B.G.B.
b) Die Auslegung der §§ 1363, 1365 B.G.B.
c) Die Ergebnisse der beiden streitigen Theorien.

Seite

§ 6. Die Verfügungsbefugnis über das Erwerbsgeschäft, insbesondere das Mitgliedschaftsrecht 49

a) Bei Einwilligung des Mannes in den Geschäftsbetrieb.

b) Bei fehlender Einwilligung in den Geschäftsbetrieb.

c) Der Fall des § 139 H.G.B.

Abschnitt IV.

Die Rechtsnatur des aus dem Betriebe einer Handelsgesellschaft gemachten Erwerbes.

§ 7. Der Erwerb aus dem Betriebe einer offenen Handelsgesellschaft . . 53

§ 8. Der Erwerb aus dem Betriebe einer Kommanditgesellschaft . . . 55

Literaturverzeichnis.

R. Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im B.G.B. Marburg 1905.

J. Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.

K. Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Auflage, Jena 1904.

— Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Auflage, Stuttgart 1903.

C. Crome, Französisches Zivilrecht, Band 3. Freiburg i. B. 1895.

J. Curtius, Die Rechtsstellung der Komplementare und Kommanditisten gegenüber der Kommanditgesellschaft und deren Gläubigern. Inaug.-Dissertation. Berlin 1900.

H. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, Band 4. 2. Auflage, Halle 1903.

— Sind die einem selbständigen Erwerbsgeschäft einer Ehefrau bestimmten Sachen Vorbehaltsgut? Deutsche Juristenzeitung 1902.

— Preußisches Privatrecht, Band 3. Halle 1880.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1.

F. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7. Auflage, Berlin 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Frankenburger, Die Ehefrau als Handelsfrau oder Inhaberin eines Erwerbsgeschäfts, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Band 8.

K. Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 7. Auflage, Berlin 1903.

O. Gierke, Handelsgesellschaften und bürgerliches Recht. Archiv für bürgerliches Recht, Band 19.

— Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

— Das deutsche Privatrecht.

Gildemeister, Offene Handelsgesellschaft zwischen Ehegatten, Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, Band 54.

S. Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1901 und 1905.

A. Gumbert, Die Erwerbsfrauen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Inaug.-Dissertation, Göttingen.

M. Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge. 2. Auflage, Mannheim 1900.

— Das B.G.B. Vorträge.

K. Heinsheimer, Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau. Jena 1903.

Siegfr. Hoffmann, Ueber die Rechtsstellung einer Ehefrau, welche selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt. Inaug.-Dissertation, Greifswald 1901.

G. Hörle, Die Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, Leipzig 1907.

Jäger, Konkursordnung. 2. Auflage.

M. Jakusiel, Nutzungsrechte am Handelsgeschäft. Berlin 1906. Inaug.-Diss.

G. F. Kielhorn, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Inaug.-Diss., Göttingen 1902.

P. Knoke, Das Recht der Gesellschaft.

J. Kohler, Substanzrecht und Wertrecht. Archiv für die zivil. Praxis, Band 91.

J. Kohler, Christian Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. Juristisches Literaturblatt, Band 14.

Lehmann, Handelsrecht. 1908.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1900.

F. Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Auflage, Berlin 1906.

Chr. Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. Stuttgart 1901.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 4. Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, Gesammelte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

H. Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 2. 4. Auflage, Berlin 1905.

M. Pappenheim, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Kiel und Leipzig 1907.

C. Peikert, Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft. Inaug.-Diss., Breslau 1905.

Pfäfflin, Die abgeleitete Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in Gruchot, Beiträge, Band 48 S. 1 ff.

R. Pfennig, Commandit- und stille Gesellschaft. Inaug.-Diss., Rostock 1902.

W. Pitsch, Rechtsstellung einer Ehefrau, welche selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt. Inaug.-Diss., Freiburg i. B. 1900.

G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Auflage, Berlin 1906.

Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals, Band IV.

P. v. Roth, Deutsches Privatrecht, 2. Teil. Tübingen 1881. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

A. Salamonski, Das Vorbehaltsgut der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstande des bürgerlichen Gesetzbuchs. Inaug.-Diss., Rostock 1901.

Schefold, Das selbständige Erwerbsgeschäft der Ehefrau. Archiv für die zivil. Praxis, Band 91.

Schmidt-Habicht, Familienrecht. München 1907.

P. Seligmann, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Inaug.-Diss., Göttingen 1896.

Seufferts Archiv, Band 57.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1. 8. Auflage, Berlin 1906.

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4. 2. Auflage, München 1905.

Thiele, Studien zum ehelichen Güterrecht. Archiv für die zivil. Praxis, Band 101.
Ullmann, Die Ehefrau als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft. Juristische Wochenschrift 1902.
— Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland. 2. Auflage, Berlin 1903.
— Die Ehefrau als Kommanditistin. Ist der Kommanditist Kaufmann? Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. Jahrgang 1, Heft 7 und 8.
Wagner, Die Ehefrau als selbständige Inhaberin eines Erwerbsgeschäfts. Erlanger Dissertation 1907.
A. Wieruszowski, Handbuch des Eherechts. Düsseldorf 1900, 1903 und 1904.
Windscheid-Kipp, Pandekten, Band 3. Frankfurt a. M. 1906.
Zschimmer, Der Einfluß des gesetzlichen Güterstandes auf ein Handelsgewerbe der Ehefrau. Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, Band 52.

Einleitung.

Das Thema „Die Ehefrau als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft und als Kommanditistin" soll sich nur mit der Frage beschäftigen, welche Stellung das Gesetz der Ehefrau gibt, die Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft ist. Von der Untersuchung ausgeschlossen bleibt also die Beteiligung der Frau an der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der stillen Gesellschaft und der Rhederei.

Die Bearbeitung soll auch nicht die gesamte Rechtsstellung der Handelsgesellschafterin ergreifen. Das könnte nur der Zweck einer Abhandlung sein, welche das Recht der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft überhaupt zum Gegenstande hat. Sie wird sich daher nur mit denjenigen Punkten befassen, in welchen sich die Rechtsstellung der verheirateten Gesellschafterin von der eines Gesellschafters unterscheidet. Ferner müssen auch diejenigen Momente ausgeschieden werden, in denen sich die Stellung der Ehefrau als Einzelkaufmann mit der einer Gesellschafterin deckt.

Vorausgesetzt ist, daß die Eheleute im Güterstande der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung leben.

Abschnitt I.

§ 1.

Die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau.

Den modernen Strömungen hat das Bürgerliche Gesetzbuch wie im allgemeinen, so auch im Familienrecht Rechnung getragen. Dies zeigt sich weniger im Vormundschaftsrecht, als in den Rechtsbeziehungen, welche durch die Verwandtschaft und die Ehe begründet werden. Hier interessieren zumal die Wirkungen der Eheschließung auf die Geschäftsfähigkeit und Verfügungsbefugnis der Ehefrau.

Das alte römische Recht unterwarf durch das Institut der Manusehe die Ehefrau vollständig der Gewalt des Mannes. Sie ward filiafamilias ihres Mannes und unterlag den gleichen rechtlichen Beschränkungen wie die Hauskinder, als deren agnatische Schwester sie galt. Der Mann hatte ein unbeschränktes Verfügungsrecht über ihre Person und ihr Vermögen. In der fortschreitenden Entwicklung des römischen Rechts wich jedoch die Manusehe der freien Ehe, dem matrimonium sine conventione in manum, und damit fielen die rechtlichen Fesseln der Frau. Im justinianischen Recht wurde durch die Eingehung der Ehe ihre Geschäftsfähigkeit in keiner Weise geschmälert.[1])

Auch das deutsche Recht ging wie das älteste römische Recht von der Vormundschaft des Mannes über seine Ehefrau aus. Sie verlor durch den Abschluß der Ehe ihre rechtliche Selbständigkeit, konnte nicht selbständig vor Gericht auftreten und regelmäßig nicht über ihr Vermögen verfügen. Ihre Selbständigkeit blieb nur im Bereiche der Schlüsselgewalt gewahrt. Im Rahmen des häuslichen Wirkungskreises war ihr gestattet, Geschäfte abzuschließen und sogar den Mann zu verpflichten.[2])

---

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp III § 490.

[2]) Roth a. a. O. S. 20.

Die Landesrechte behielten zum Teil die eheliche Vormundschaft bei, jedoch mit der Maßgabe, daß — von Ausnahmen abgesehen — einseitige Handlungen der Ehefrau absolut nichtig waren. Dieser Rechtszustand galt z. B. in Hamburg, Bremen, Lübeck, in Teilen Thüringens, im Süden Deutschlands.

Andere Landesrechte kennen zwar die eheliche Vormundschaft selbst nicht mehr, wohl aber die früher damit verbundenen Konsequenzen. So sind nach Preußischem, Bayrischem, Württembergischem Landrecht sowie nach dem Sächsischen B.G.B. einseitige Geschäfte der Ehefrau regelmäßig nichtig.[3])

Aehnlich bedarf die Ehefrau nach dem französischen Rechte der Autorisation des Mannes sowohl zur Prozeßführung, mag sie nun Klägerin oder Beklagte sein, wie zu allen Rechtsgeschäften des bürgerlichen Lebens.[4])

Das Gemeine Recht und eine nicht unbeträchtliche Zahl von Statuten (z. B. das märkische Provinzialrecht[5]), das Recht der Stadt Nürnberg[6]) belassen der Ehefrau die volle Geschäftsfähigkeit, schränken aber ihre Verfügungsbefugnis mit Rücksicht auf das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes am Frauenvermögen ein. Nach diesen Rechten sind die Rechtsgeschäfte der Ehefrau gültig, können aber insoweit, als dadurch die Rechte des Mannes an dem der ehelichen Nutznießung und Verwaltung unterliegenden Vermögen gekränkt würden, nicht geltend gemacht werden.

In einer weiteren Beziehung schränkte noch das A.L.R. II 1 § 195[7]) die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau ein. Danach war ihr nicht gestattet, ohne Einwilligung des Mannes selbständig ein Erwerbsgeschäft zu treiben. Betrieb sie jedoch das Erwerbsgeschäft mit seiner Einwilligung, so sollte sie auch innerhalb des Geschäftsbetriebs voll verpflichtungsfähig sein.[8])

---

[3]) Roth a. a. O. S. 20 ff. und die dort angeführten Gesetzesstellen.

[4]) Zachariae-Crome S. 82.

[5]) Gruchot 25 S. 1020 f.

[6]) s. R.G. in Zivils. I Nr. 37.

[7]) Entsprechend das französische Recht: Code civ. Art. 220, code de comm. Art. 1, 4, 5, 7; Zachariae-Crome III S. 82; Dernburg, Preuß. Pr.R. III S. 73.

[8]) Rehbein, Entsch. Bd. IV. S. 62.

Die Prozeßfähigkeit war ihr freilich auch in diesem Falle vorenthalten. Denn nach A.L.R. II 1 § 189 konnte die Frau in der Regel ohne Zuziehung und Einwilligung des Mannes mit Anderen keine Prozesse führen.

Auch versagte ihr das A.L.R. die Rechtsstellung des Kaufmanns, wenn sie ihr Handelsgewerbe durch einen „Disponenten" betreiben ließ (II 8, §§ 491, 492) oder, wenn sie Mitglied einer Handelsgesellschaft war, sofern nicht in letzterem Falle zugleich verabredet und bekannt gemacht war, daß sie der Handlung mit vorstehen solle (II 8, § 495).

Wesentlich weiter ging das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861.[9]) Zwar machte es auch noch den Betrieb eines Handelsgewerbes von seiten der Ehefrau von der Zustimmung des Mannes abhängig. In dieser Beziehung unterwarf es die Ehefrau völlig dessen Willkür. Er konnte seine Einwilligung grundlos verweigern und widerrufen, ohne daß der Frau ein Rechtsbehelf gegen die Entscheidung gegeben wäre. Betrieb sie aber das Geschäft mit Einwilligung des Ehemannes, so hatte sie die Stellung eines Kaufmanns; sie konnte, soweit es das Geschäft erforderte, allein handeln, wie wenn sie nicht verehelicht wäre (Art. 8). Auch trat keine Minderung ihrer Handlungsfähigkeit ein, wie im A.L.R., wenn sie das Geschäft durch einen Prokuristen betreiben ließ oder, wenn sie Teilnehmerin einer Handelsgesellschaft war.

Das Allgemeine Deutsche H.G.B. tat ferner einen bedeutenden Schritt nach vorwärts, indem es der Handelsfrau das Recht gab, in Handelssachen selbständig vor Gericht aufzutreten, ohne Unterschied, ob sie unverheiratet oder verheiratet ist (Art. 9)[10]).

Die Härte des Allgemeinen Deutschen H.G.B., welches dem Ehemann in seinem Einwilligungsrecht eine so starke Gewalt über die Frau gab, wurde durch die Gewerbeordnung gemildert. Nach § 11 dieses Gesetzes genügte der tatsächliche, auch ohne Einwilligung des Mannes erfolgende Betrieb, um auch der verheirateten Frau die Stellung eines volljährigen männlichen

---

[9]) Vgl. Hoffmann a. a. O. S. 9 ff.

[10]) Lehmann S. 87.

Gewerbetreibenden zu geben. Sie konnte in Angelegenheiten ihres Gewerbes selbständig Rechtsgeschäfte abschließen und vor Gericht auftreten.

Sie erhielt also in diesem Falle zwar nicht die Sonderrechte des Kaufmanns, wohl aber eine nicht viel geringere Bewegungsfreiheit als dieser. Einen neuen Fortschritt brachte die Zivilprozeßordnung von 1877, welche die Frau für selbständig prozeßfähig erklärte (§ 51). Entsprechend bestimmt die Z.P.O. in ihrer neuen Fassung (§ 52), daß eine Person insoweit prozeßfähig ist, als sie sich durch Verträge verpflichten kann, sowie, daß die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt wird. Die besondere Betonung der Prozeßfähigkeit, auch der Ehefrau, war mit Rücksicht auf Art. 200 Abs. 3 E.G.z.B.G.B. notwendig, welcher bestimmt, daß, soweit die Ehefrau nach den für den bisherigen Güterstand maßgebenden Gesetzen infolge des Güterstandes oder der Ehe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, diese Beschränkung in Kraft bleibt, solange der bisherige Güterstand besteht. Zufolge des § 52, Abs. 2 Z.P.O. erhält auch die in einem solchen Verhältnis lebende Ehefrau die Prozeßfähigkeit.

Endlich fiel auch im neuen H.G.B. das Erfordernis der Einwilligung des Mannes zum Betriebe eines Handelsgeschäfts. Das H.G.B. überläßt die Regelung der rechtlichen Stellung der Frauen dem B.G.B., und nach diesem wird die Geschäftsfähigkeit der Frau durch Eingehung der Ehe nicht berührt. Sie erleidet durch die Heirat weder eine Einbuße, noch erfährt sie eine Förderung hinsichtlich ihrer Geschäftsfähigkeit. Jenes geht sowohl aus dem Fehlen jeglicher Bestimmung über eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit durch die Heirat hervor, wie auch positiv aus der Norm des § 1399 B.G.B., nach welcher zu Rechtsgeschäften, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich ist.

Dieses ergibt sich aus §§ 2, 3, 104, 106 B.G.B. Nach diesen Paragraphen erlangt der Minderjährige die Geschäftsfähigkeit grundsätzlich nur durch die Erreichung der Volljährigkeit, sowie durch die Volljährigkeitserklärung. Auch fehlt eine dem alten Rechtssatz „Heirat macht mündig“ entsprechende Vorschrift.

Verheiratet sich eine Minderjährige, so bleibt sie also in der Gewalt des bisherigen Gewalthabers.

Freilich unterliegt die Frau in der Ehe vielfach rechtlichen Einschränkungen; aber die sie einengenden Normen betreffen nicht die Geschäftsfähigkeit. Das gilt insbesondere auch von den Vorschriften der §§ 1354, 1395, 1400 Abs. 2 B.G.B.

§ 1354 weist nur dem Manne in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten die Entscheidung zu. Er spricht also der Frau nicht die Fähigkeit ab, auf diesem Gebiete selbständig rechtlich wirksame Handlungen vorzunehmen, sondern verpflichtet sie nur dem Manne gegenüber, sich seiner Entscheidung zu beugen. Aehnliches gilt für die beiden anderen genannten Paragraphen. Nach ihnen kann die Ehefrau ohne Zustimmung des Mannes weder über eingebrachtes Gut verfügen, noch ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht im Wege der Klage geltend machen. Diese Vorschriften schränken sie ebenfalls nicht in ihren persönlichen Fähigkeiten ein, sondern entziehen nur bestimmte Vermögensmassen ihrer Verfügung.

Abschnitt II.

§ 2.

Erklärung der Begriffe „Erwerbsgeschäft" und „selbständiger Betrieb".

Da also die Ehefrau unbeschränkt geschäftsfähig ist, ist ihr auch, sofern sie nur die ihr durch die §§ 1354, 1356 B.G.B. auferlegten Pflichten nicht verletzt, der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gestattet.

Die Einwilligung des Mannes ist nicht erforderlich, wenn auch, was unten zu erörtern ist, von wesentlicher Bedeutung für die Rechtslage des etwa im Geschäft verwendeten eingebrachten Guts.[11])

Da das B.G.G. der Ehefrau, welche selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, eine besondere Rechtsstellung gewährt und da später untersucht werden soll, ob die Beteiligung an einer Handelsgesellschaft als selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts aufzufassen ist, so ist zunächst dieser Begriff einer eingehenden Besprechung zu unterziehen.

Das B.G.B. stellt in § 1367 den Erwerb durch Arbeit neben den Erwerb aus dem selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts. Es unterscheidet also offenbar zwischen den beiden Begriffen. Der Unterschied zwischen ihnen bietet eine Handhabe, um zu einer Erläuterung des Begriffes „Erwerbsgeschäft" zu gelangen.

Was der Begriff der Arbeit bedeutet, ist unstreitig.

„Arbeit ist die einmalige oder gelegentliche Tätigkeit zum Zweck von Erwerb ohne die Absicht, diese Tätigkeit zu einer dauernden Quelle des Gewinns zu machen."[12])

„Unter Erwerbsgeschäft wird", wie die Motive Bd. I. S. 142 ausführen, „jede regelmäßige auf selbständigen Erwerb gerichtete

---

[11]) Cosack Bürg. Recht § 11 III 1 b; Hörle S. 3; Staub S. 17 Anm. 49; Goldmann § 1 S. 6.

[12]) Vgl. Schmidt-Habicht Familienrecht S. 194; Hörle a. a. O. S. 11 ff.

Tätigkeit verstanden, mag dieselbe in Handel oder Betreibung einer Fabrik oder eines Handwerks, der Ausübung eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufs, der Landwirtschaft usw. bestehen."

Wenngleich die Motive diese Definition zu § 112 B.G.B. geben, so ist doch zweifellos, daß in § 1367 kein anderer Begriff des Erwerbsgeschäfts aufgestellt sein kann, da beide Paragraphen in den einschlägigen Zeilen wörtlich übereinstimmen.

Unter den Begriff dieses Paragraphen fällt daher nicht nur die gewerbliche, sondern auch die wissenschaftliche, künstlerische, sowie jede andere Tätigkeit, sofern sie in einer den sonstigen Anforderungen der Definition entsprechenden Weise betrieben wird.[13]) Dies geht auch aus den Motiven zu § 1367 hervor. Dort (Bl. IV, S. 240) heißt es: „Die Gründe, die dafür sprechen, der Ehefrau, wenn sie mit Einwilligung des Mannes Handel und Gewerbe treibt, eine selbständige Stellung zu geben, treffen in demselben Maße auch bei jedem anderen von der Frau betriebenen Erwerbsgeschäft zu, z. B. bei einem künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufe, der zugleich als Erwerbszweig betrieben wird".

Der Gegensatz zwischen den beiden Begriffen der Arbeit und des Erwerbsgeschäfts liegt daher nicht darin, daß unter „Arbeit" nur die persönliche Tätigkeit der Frau fällt und unter „Erwerbsgeschäft" nur die Verbindung von Arbeit mit Kapital zu verstehen ist. Staudinger, der noch in der zweiten Auflage seines Kommentars diese Anschauung vertrat, ist nunmehr in der neuesten Auflage von ihr abgekommen. Seine frühere Ansicht beruhte auf dem Begriff des Erwerbsgeschäfts im landläufigen Sinne, welcher enger als derjenige des § 1367 ist.[14])

In der Definition der Motive werden jedoch die einzelnen Begriffsmerkmale nicht scharf genug hervorgehoben.

Es ist zwar richtig, wenn sie im allgemeinen eine regelmäßige Tätigkeit verlangen. Doch genügt unter Umständen die

---

[13]) Hörle S. 12.

[14]) Staudinger a.a.O. § 1367 3a; Thiele a. a. O. S. 309; Hörle S. 12.

einmalige Tätigkeitsentfaltung, sofern sie nur von der Absicht begleitet war, sie zu einer dauernden zu machen.

Aber es reicht andererseits nicht aus, wenn die Absicht auf die regelmäßige Fortsetzung der Tätigkeit gerichtet ist; sie muß auch dahin gehen, aus der Tätigkeit eine dauernde Einkommensquelle zu gewinnen.[15]) Darin liegt ein Unterschied zur Arbeit, da bei dieser die einmalige, gelegentliche nicht auf Gewinn gerichtete Tätigkeit dem Begriff genügt.[16])

Sodann muß die erwerbsgeschäftliche Tätigkeit in eine Beziehung zur Öffentlichkeit treten.[17]) Wenn also eine Frau der höheren Stände für ein Wäschereigeschäft Stickereien anfertigt, mit dem Bestreben, ihre Tätigkeit vor jedermann geheim zu halten, so arbeitet sie, betreibt aber kein Erwerbsgeschäft. Das Moment der Offenkundigkeit wird in den Begriff, wie Wieruszowski richtig bemerkt, durch die Verkehrsauffassung hineingelegt, „welche eine Erwerbstätigkeit, die nicht am Markte ist, nicht anerkennt".

Die Definition der Motive wird also dahin abzuändern sein, daß unter Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ein Unternehmen zu verstehen ist, das mit der nach außen hervortretenden Absicht geleitet wird, es zu einer dauernden Erwerbsquelle zu machen, gleichviel ob dazu ein Betriebskapital verwendet wird oder nicht.[18])

Die Ehefrau muß ferner das Erwerbsgeschäft *selbständig* betreiben.

Was bedeutet nun das Erfordernis der Selbständigkeit? Aus den in den Motiven zum B.G.B. (Bd. IV S. 174) angeführten Beispielen erhellt, daß damit nicht der wirtschaftliche Begriff der Selbständigkeit gemeint sein kann. Die Fabrikarbeiterin, die Tagelöhnerin ist nicht selbständig im wirtschaftlichen Sinne; denn in diesem Sinne ist selbständig nur derjenige, der ein Geschäft nicht als Beamter oder Gehilfe, sondern als Prinzipal betreibt.[19])

---

[15]) Wieruszowski a. a. O. S. 249.

[16]) Schmidt-Habicht a. a. O. § 1367 2.

[17]) Wieruszowski a. a. O. S. 249; Ullmann in Leipz. Zeitschr. Heft 8 S. 561.

[18]) Vgl. Thiele a. a. O. S. 311; Wieruszowski a. a. O. S. 248; Schmidt § 1367 2; Planck § 112 2.

[19]) Wieruszowski a. a. O. S. 254 R.G.E. 28, 282.

„Selbständigkeit" bedeutet hier vielmehr die Unabhängigkeit vom Ehemann. Das ergibt sich nicht nur aus den genannten Beispielen der Motive, sondern auch aus dem Zweck der Vorschrift, welche gerade den selbständig erwerbenden Frauen der arbeitenden Klassen zustatten kommen sollte.[20])

Ob das Geschäft unabhängig vom Ehemann betrieben wird, ist nur dann streitig, wenn der Ehemann kraft seines — ihm freilich vielfach in dieser Ausdehnung bestrittenen — Verwaltungsrechts das Geschäft wider Willen der Ehefrau in deren Namen führt.[21])

Es ist hier jedoch nicht der Raum, diese Frage zu erörtern, da der Begriff des selbständigen Betriebes eines Erwerbsgeschäfts nur soweit festzustellen ist, als die Entscheidung der Frage, ob die Handelsgesellschafterin ein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibt, benötigt. Ist die Frau aber Handelsgesellschafterin, so vermag der Mann die Geschäftsführung nicht an sich zu reißen, da die Herrschaftsrechte an die Person des Gesellschafters geknüpft sind.[22])

Es bleibt nun noch das Erfordernis des „Betriebes" des Erwerbsgeschäfts zu prüfen. Betrieben wird nach allgemeiner richtiger Ansicht[23]) das Erwerbsgeschäft durch den, in dessen Namen es betrieben wird. Wer das Geschäft betreibt, muß nach außen als Unternehmer erscheinen, muß der Träger von Rechten und Verbindlichkeiten sein. Daß er persönlich tätig wird, ist nicht erforderlich.

Ullmann[24]) sucht freilich das Gegenteil zu beweisen, indem er den landläufigen Begriff der „persönlichen Tätigkeit" dehnt.

---

[20]) Wieruszowski S. 255 Nr. 57; Pfäfflin in Gruchot Bd. 48 S. 6; Thiele S. 321; Staudinger § 1367 3b; Hörle S. 13.

[21]) Staudinger zu § 1367 3b; Schmidt zu § 1367 2ed; Dernburg B.G.B. § 34 IV; Ullmann, Jur. Woch. 1902 S. 49; Thiele S. 321; Wagner S. 7; Wieruszowski S. 268 ff.; Endemann II § 175 Nr. 29; Staub S. 17 Anm. 48.

[22]) B.G.B. §§ 709, 717; Staub § 109 Anm. 14; Lehmann S. 293.

[23]) Wieruszowski S. 251 Nr. 46; Thiele S. 318 ff.; E.R.G.B. 13 S. 146 hinf. des Handelsgew.; Staub § 1 Anm. 16 desgl.

[24]) Ullmann in Leipz. Ztschr. Heft 7.

Er versteht unter persönlicher Tätigkeit im engeren Sinne die Tätigkeit einer Person selbst, unter persönlicher Tätigkeit im weiteren Sinne die Tätigkeit auch des Gehilfen der Person.

Er stützt sich bei Aufstellung des Erfordernisses der persönlichen Tätigkeit im weiteren Sinne — nur diese hält er für begriffsnotwendig — im wesentlichen auf die Motive zu § 112 B.G.B. Nach ihnen ist unter einem Erwerbsgeschäft jede regelmäßige auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit zu verstehen. Die Heranziehung dieses Paragraphen zur Erklärung des § 1367 rechtfertigt sich durch den gleichen Wortlaut der beiden Rechtssätze. Die nutzbringende Anlage des Vermögens, bei welcher eine solche persönliche Tätigkeitsentfaltung nicht stattfinde, genüge daher, wie Ullmann im Einklang mit der herrschenden Ansicht ausführt, nicht. Andererseits aber könne bei dem Betriebe eines Erwerbsgeschäfts die persönliche Tätigkeit in den Hintergrund treten, ohne daß etwas daran geändert werde, daß es sich um den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts handle. „Auch derjenige betreibt ein Erwerbsgeschäft, welcher die gesamte Erwerbstätigkeit durch Dritte vornehmen läßt; wenn nur nach außen hin nicht der Dritte, sondern er selbst derjenige ist, welcher das Erwerbsgeschäft betreibt. Die von seinem Gehilfen in mehr oder minder großem Umfange ausgeübte Erwerbstätigkeit gilt als die Tätigkeitsentfaltung des Geschäftsinhabers (S. 474)." Die Tätigkeit des Gehilfen also ist persönliche Tätigkeit der Frau (S. 563)! Aber diese Begriffsbestimmung ist nicht ganz rein. Ullmann spricht in seinen Ausführungen bald von dem „Dritten", bald von dem „Gehilfen", durch den der Inhaber tätig wird. Diese Unklarheit bringt die Theorie zum Scheitern, sobald man sie auf die offene Handelsgesellschaft anwendet. Denn es dürfte nicht angehen, die geschäftsführenden Gesellschafter als dessen Gehilfen zu bezeichnen. Die Tätigkeit eines beliebigen Dritten aber als Tätigkeit des — so zu sagen — Handelnden selbst betrachten zu wollen, ist ein Widerspruch in sich. Ullmann erklärt denn auch, es komme — zur Wahrung der Kriterien der Oeffentlichkeit und Selbständigkeit des Betriebes — gar nicht darauf an, daß die Frau persönlich irgend welche Tätigkeit ausübe, weil die Gesellschaft, die unter ihrem, der Gesellschafter, Namen nach außen die Geschäfte

führt . . . ., damit zugleich die Geschäfte in ihrem, der Frau, Namen führe . . . . Und dies sei selbst dann der Fall, wenn die Befugnis der Frau zur Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist. Hier zeigt sich, daß auch mit der Heranziehung des § 112 B.G.B. nichts zu wollen ist; denn er gibt keine Abgrenzung des Begriffs „persönliche Tätigkeit".

Da also Ullmann nicht nur die Tätigkeit des Gehilfen, sondern auch diejenige eines gleichstehenden Dritten als eigene Tätigkeit einer Person gelten lassen muß, unterscheidet er sich in nichts von der allgemeinen Ansicht, welche freilich eine nutzbringende Vermögensanlage nicht für ausreichend erachtet [25]), aber von dem Erfordernis der persönlichen Tätigkeit absieht.

Der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Ehefrau liegt also vor, wenn sie das Erwerbsgeschäft als Unternehmerin in Unabhängigkeit vom Manne betreibt.

§ 3.

Die Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft als selbständige Gewerbetreibende.

Liegt nun ein solcher Betrieb auch vor, wenn die Ehefrau Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft ist? Diese Frage ist in der Hauptsache gleichbedeutend mit derjenigen, ob der Handelsgesellschafter selbständig ein Handelsgewerbe betreibt, also Kaufmann nach § 1 H.G.B. ist, jedoch mit der Maßgabe, daß dieser Paragraph im Verhältnis zu § 1367 einen engeren Personenkreis umfaßt. Denn § 1367 B.G.B. erfordert nur den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts; § 1 H.G.B. aber denjenigen eines Handelsgewerbes. Der Begriff des Handelsgewerbes ist enger als der des Erwerbsgeschäfts. Er enthält alle diejenigen Momente, welche den Begriff des Erwerbsgeschäfts kennzeichnen — die Offenkundigkeit, den Erwerbszweck, die auf die Dauer des Betriebes gerichtete Absicht — und einige mehr, nämlich die in §§ 1 Abs. 2, 2, 3 H.G.B. gegebenen der besonderen Art oder des besonderen Umfanges des Geschäftsbetriebes.[26])

---

[25]) O.L.G. Dresden in Seuffert's Archiv Bd. 57 Nr. 82.

[26]) Ullmann in Leipz. Ztschr. Heft 8 S. 563; Staub § 1 Anm. 4—14; Lehmann S. 65.

Wie steht es nun um die anderen Erfordernisse der beiden Paragraphen? Ebensowenig wie für denjenigen, der selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, ist für den Kaufmann eine persönliche Tätigkeit erforderlich. Es genügt auch hier, daß der Betrieb auf seinen Namen geht, daß er für die Verbindlichkeiten haftet und dem Publikum gegenüber an der Spitze des Geschäfts zu stehen scheint.[27])

Bei dieser Auslegung wird freilich ein Moment in die Definition des Kaufmannbegriffes hineingelegt, welches nicht wörtlich in ihm enthalten ist, nämlich das des Betriebes im eigenen Namen.

Diese — allgemein gebräuchliche — Auslegung entspricht jedoch nicht nur den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, das allein den als Träger von Recht und Verbindlichkeiten auffaßt, in dessen Namen kontrahiert wird, sondern auch den besonderen Vorschriften des Handelsrechts, das zwar die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft — wie unten zu zeigen ist —, nicht aber Vorstand und Aufsichtsrat einer Gesellschaft m. b. H. oder einer Aktiengesellschaft den Kaufleuten zuzählt.

Noch einen Schritt weiter gehen Staub und Kielhorn[28]), wenn sie das Einsetzen der vollen Rechtspersönlichkeit als Kriterium des Kaufmannsbegriffes betrachten. Es fragt sich, ob dieser Schritt erlaubt ist. Was ist nun unter diesem Erfordernis zu verstehen? Soll es nichts anderes heißen, als daß der Kaufmann als Träger der entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten erscheint, so ist es identisch mit dem Betriebe des Handelsgewerbes im eigenen Namen. Ist es aber nur eine Umschreibung für das Moment der unbeschränkten Haftung, so ist diese Erweiterung unzulässig, weil ohne Grundlage im Gesetz. Es könnte auch dann keine Gültigkeit beanspruchen, wenn es sich wirklich auf eine „allgemeine Anschauung" (Staub, § 1, Anm. 18) stützte. Diese allgemeine Anschauung würde dann im Widerspruch zum Gesetz stehen. Sie existiert aber zum mindesten als Rechtsanschauung nicht, wie Pappenheim (S. 7 ff.) treffend nachweist.

---

[27]) Pappenheim S. 5; Lehmann S. 62 ff.

[28]) Staub § 1 Anm. 18; Kielhorn S. 7 ff; a. A. Lehmann S. 67.

Es hat sich also gezeigt, daß die Definitionen des § 1 H.G.B. und des § 1367 B.G.B. in allen Punkten übereinstimmen, nur daß der Begriff des Erwerbsgeschäfts ein weiterer ist, als der des Handelsgewerbes.

Dies hindert aber nicht, für unsere Untersuchung in diesem und dem nächsten Paragraphen den § 1 H.G.B zu Grunde zu legen, da gemäß §§ 105, 161 H.G.B. eine offene Handelsgesellschaft ebenso wie eine Kommanditgesellschaft nur zum Betriebe eines Handelsgewerbes, also auch nur eines Erwerbsgeschäfts begründet werden kann. Denn wenn bewiesen wird, daß der Gesellschafter selbständig ein Handelsgewerbe betreibt, so ist damit auch bewiesen, daß er selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt; wird aber das erstere nicht bewiesen, so kann, da gemäß §§ 105, 161 H.G.B. das Vorliegen eines Handelsgewerbes außer Frage steht, infolge der Gleichheit der sonstigen Erfordernisse des § 1 H.G.B. und § 1367 B.G.B. auch nicht der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts vorliegen.[29]) Der Grund, aus dem sich die Untersuchung vorläufig in dem Geleise des § 1 H.G.B. bewegen soll, liegt in der Reichhaltigkeit der Literatur über die Kaufmannseigenschaft des Handelsgesellschafters, insbesondere des Kommanditisten. Die Ausnützung dieser Literatur in direkter Beziehung auf den § 1367 B.G.B. würde sich als weniger vorteilhaft erweisen.

Die Fragestellung lautet also zunächst:

Ist die Ehefrau als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft Kaufmann? Die Beantwortung der Frage ist wiederum von der Frage abhängig, ob die Gesellschaft selbst oder ob die Gesellschafter als Einzelpersonen als Unternehmer anzusehen sind, d. h. ob die offene Handelsgesellschaft juristische Person ist oder nicht. Denn wenn die offene Handelsgesellschaft Rechtspersönlichkeit besitzt, so erfolgt der Betrieb in ihrem Namen und nicht in dem der Gesellschafter.

Unter dem alten H.G.B. war die Frage nach der Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft sehr bestritten. Nicht wenige Schriftsteller hielten sie für eine juristische Person. Heute

---

[29]) Vgl. Ullmann in Leipz. Zeitschr. Heft 8 Sp. 563.

hält wohl nur noch Kohler an dieser Ansicht fest; während Staub und Gierke die Theorie für völlig überwunden erachten. Staub meint, „der alte Streit über sie sei begraben". So unzweifelhaft dürfte aber das Problem nicht gelöst sein. Gierke[30]) führt aus, „daß das B.G.B. einen festen Begriff der juristischen Person habe, der sich auf Vereine, Stiftungen und juristische Personen des öffentlichen Rechts beschränke, die offene Handelsgesellschaft aber in keine dieser Kategorien falle". Das aber ist gerade der Drehpunkt des Streites, ob sich nicht die offene Handelsgesellschaft unter den Begriff des Vereins bringen lasse, und nach der Definition, die Gierke gibt[31]), erscheint dies durchaus nicht ausgeschlossen. Er sagt: „Ein Verband ist ein Verein, wenn er so organisiert ist, daß er seinen Mitgliedern als besonderes einheitliches Ganzes gegenübertritt und als solches im Rechtsverkehr sich gibt und genommen wird". Da aber das Gesetz der offenen Handelsgesellschaft weitreichende Freiheit in ihrer Organisation einräumt, so kann sie in vielen Fällen die Merkmale dieser Definition an sich tragen. Dies spricht natürlich nicht für die Auffassung der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person, als vielmehr gegen die Brauchbarkeit der Gierkeschen Definition. Auch kann man m. E. keineswegs durch Abstraktion allein zu dem Resultate gelangen, daß dies im Regelfalle nicht so sei. Ob sie im Rechtsverkehr als einheitliches Ganzes genommen wird, kann nur durch Enquete festgestellt werden.

Gierke[32]) führt jedoch noch ein anderes Argument ins Treffen: „Das neue H.G.B. verweist in § 105 Abs. 2 für die offene Handelsgesellschaft ausdrücklich auf die subsidiäre Anwendung der Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaften, unzweifelhaft aber ist die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts keine juristische Person. Wollte aber jemand behaupten, in den Zutaten des H.G.B. stecke die juristische Person, so wäre ihm . . . . . entgegenzuhalten . . . . ., daß ein innerer Widerspruch darin läge, das Rechtsverhältnis einer Verbandsperson in wesent-

[30]) Arch. f. zivil. Pr. 19 S. 116.
[31]) Ver. O.R.S. 11.
[32]) Arch. f. b. R. 19 S. 116.

lichen Stücken durch Verweisung auf die für eine bloße Gesellschaft geltende Regel zu ordnen". Gegen diese Folgerung aus § 105 Abs. 2 wendet sich Kohler[33]). Er bezieht sich auf Art. 2 E.G.H.G.B., nach welchem die Vorschriften des B.G.B. auf das Handelsrecht subsidiär Anwendung finden. Er meint, wenn die offene Handelsgesellschaft eine Gesellschaft wäre, so wären die Vorschriften über die bürgerliche Gesellschaft subsidiär anzuwenden, ohne daß es einer besonderen Bestimmung bedurft hätte. Danach wäre § 105, 2 überflüssig: „Wenn es nun aber in diesem Paragraphen heiße, daß auf die offene Handelsgesellschaft subsidiär die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft Anwendung fänden, so sei dies nach dem natürlichen Wortlaut nur so zu deuten: obgleich die offene Handelsgesellschaft keine Gesellschaft im Sinne des B.G.B. ist, so sollen dessen Bestimmungen über die Gesellschaft subsidiäre Anwendung finden". Diese Annahme erscheint wenig beweiskräftig. Jener Artikel verweist eben für das gesamte Gebiet des Handelsrechts auf das B.G.B. im ganzen, § 105, 2 für einen besonderen Abschnitt des H.G.B. auf einen solchen des B.G.B. Sein Zweck ist, durch Bekräftigung des Art. 2 „den unsäglichen, männermordenden Streit zu schlichten (Gierke)".

Für die herrschende Ansicht spricht auch die Struktur der offenen Handelsgesellschaft im Gegensatz zu den juristischen Personen.

Während die juristischen Personen vom Wechsel der Mitglieder unabhängig sind, gilt für die offene Handelsgesellschaft als Regel die unbedingte Abhängigkeit vom Verbleiben jedes einzelnen Mitgliedes. Das erweist, da für die Beurteilung der Natur eines Rechtsgebildes nur die vom Gesetz als Regelfall gedachte Konstruktion von Bedeutung sein kann[34]), „daß die offene Handelsgesellschaft nicht eine von den einzelnen Mitgliedern verschiedene Person bildet, für welche jene nur das natürliche Substrat sind, daß vielmehr die einzelnen Gesellschafter vereinigt die Träger des Gesellschaftsvermögens . . . . sind".[35])

[33]) Arch. f. zivil. Pr. 91 S. 204.

[34]) Ullmann in Leipz. Ztschr. 1907 Nr. 8 S. 566.

[35]) Entscheidung des R.G. 32 S. 39.

Ebenso beruht die Haftung der Gesellschaft auf einem anderen Prinzip, als die der juristischen Person. Bei dieser findet sich niemals die individuelle Schuldenhaftung. Auch die Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht bildet keine Ausnahme, denn die Genossen haften nicht als Selbstschuldner, sondern nur als Bürgen[36]), für die offene Handelsgesellschaft hingegen ist die primäre Schuldenhaftung wesentlich und begriffsnotwendig.[37])

Gegen die offene Handelsgesellschaft als juristische Person spricht weiterhin, daß sie durch den Tod sowie durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst wird. Hier zeigt sich deutlich, daß die Gesellschaft nur gleich der Summe ihrer Teile ist, nicht aber eine dritte diesen gegenüberstehende Person. Auch beweist § 135, nach welchem ein Privatgläubiger eines Gesellschafters unter gewissen Voraussetzungen die Gesellschaft kündigen kann, daß das „Gesellschaftsvermögen . . . . trotz der Sonderstellung in Wahrheit und Wirklichkeit nach Maßgabe der rechtlichen Behandlung . . . . Vermögen der einzelnen Gesellschafter" ist.[38])

Das Gleiche, was für die offene Handelsgesellschaft ausgeführt ist, gilt für die Kommanditgesellschaft, die „wie aus § 161 H.G.B. folgt, grundsätzlich dieselbe rechtliche Natur hat und nur eine Abart der offenen Handelsgesellschaft bildet".[39])

Das Gewerbe wird also im Namen des einzelnen Gesellschafters, nicht der Gesellschaft, betrieben. Es kann auch kein Zweifel an der Selbständigkeit des Betriebes entstehen, da der Ehemann — wie oben bemerkt — nicht in die Geschäftsführung der Gesellschaft einzugreifen vermag.

Danach ist also in der Beteiligung der Ehefrau an einer offenen Handelsgesellschaft der selbständige Betrieb eines Handels-

---

[36]) Gen.G. §§ 105, 122; Gareis S. 287; Cosack H.G.B. § 125 II 1.

[37]) Zust. Meurer S. 75; Gareis S. 148; abschw. Kohler in jur. Lit. Bl. 14, 84 und zivil. Arch. 91, 204.

[38]) Meurer S. 75.

[39]) E.R.G. 32 S. 39; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 S. 671 Nr. 37 genoss. Theorie S. 51.

gewerbes und daher auch der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zu erblicken.

§ 4.

Die Kommanditistin als selbständige Gewerbetreibende.

Weit schwieriger als die Rechtsstellung des offenen Handelsgesellschafters ist diejenige des Kommanditisten zu beurteilen.

Sie hat denn auch zu lebhaften Erörterungen Anlaß gegeben.

Seinen Ausgang nahm der Streit, indem bedeutende Schriftsteller sich mit gewichtigen Argumenten bekämpften von der Bestimmung des Art. 4: „Kaufmann ist, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt".

Auch durch das neue H.G.B. wurde der Streit nicht geschlichtet. Eine ausdrückliche Bestimmung über die Stellung des Kommanditisten wurde zwar mehrfach beantragt, fand jedoch keine Berücksichtigung. So ist denn die Wissenschaft auch heute noch hinsichtlich dieser Frage in zwei Lager geschieden, zumal die Definition des Kaufmannsbegriffes durch § 1 Abs. 1 H.G.B. der Interpretation einen weiten Spielraum zu gewähren scheint.

Denjenigen Schriftstellern, welche den genannten Paragraphen nicht auf den Kommanditisten beziehen wollen, mag zugegeben werden, daß dieser unter den Gewerbetreibenden eine eigenartige Stellung einnimmt, daß er sich in vielen wichtigen Punkten von ihnen unterscheidet, und daß das Gesetz gut daran getan hätte, ihn demgemäß als Nichtkaufmann zu bezeichnen. Doch können die Gründe, die sie geltend machen, nicht genügen, um ihre Schlußfolgerung auf das bestehende Recht zu ermöglichen.

Wenden wir uns nunmehr der Untersuchung zu, ob die Definition des Kaufmannsbegriffes in der oben versuchten Interpretation auf den Kommanditisten paßt, und vergegenwärtigen wir uns zu diesem Zweck dessen Rechtsstellung bei der Errichtung der Gesellschaft, gegenüber den anderen Gesellschaftern, gegenüber Dritten und bei der Auflösung der Gesellschaft.

Bei der Begründung der Gesellschaft nimmt der Kommanditist prinzipiell die gleiche Stellung ein, wie der Komplementar,

abzüglich einer unten zu besprechenden Ausnahme. So steht er diesem bei dem Abschluß des Vertrages durchaus ebenbürtig gegenüber. Zur Anmeldung hat er in gleicher Weise mitzuwirken, und kann gemäß § 14 H.G.B. bei Versäumung dieser Pflicht mit Ordnungsstrafen belegt werden. Die Anmeldung hat neben Firma, Sitz und Zeitpunkt des Beginns der Gesellschaft Namen, Vornamen, Stand und Wohnort sowohl des Komplementars als auch des Kommanditisten anzugeben; sie hat ferner die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag der Einlage eines jeden von ihnen zu enthalten.

Hingegen wird nur die Zahl der Kommanditisten veröffentlicht, nicht aber die sonstigen auf ihre Person bezüglichen Eintragungen. Kielhorn (S. 18) u. a. wollen hierin eine Verneinung des für den Kaufmannsbegriff wesentlichen Prinzips der Offenkundigkeit des Betriebs erblicken, übersehen jedoch einmal, daß dieses Prinzip durch die Eintragung in das Jedermann zugängliche Handelsregister gewahrt bleibt. Die Bekanntmachung der Eintragung dient nur zur Erweiterung, nicht zur Begründung dieses Prinzips. Sie würdigen ferner den Zweck des Verbots der Publikation nicht hinreichend: „Zwingt das Gesetz zu einer Veröffentlichung des Namens der Kommanditisten sowie der Höhe ihrer Einlagen, so ist zu besorgen, daß die Beteiligten, um dieser Notwendigkeit zu entgehen, sich der Form der stillen Gesellschaft zuwenden werden; dies ist aber im Interesse der Gesellschaftsgläubiger nicht als wünschenswert zu betrachten".[40])

Die angeführte Norm ist daher nur im Interesse der Gesellschaftsgläubiger in das Gesetz aufgenommen worden, nicht aber um ein abweichendes Prinzip bezüglich der Stellung der Kommanditisten zu den Komplementaren zur Geltung zu bringen.

Aehnliches gilt von der Vorschrift des § 19, Abs. 4, nach welcher die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter in die Firma einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft nicht aufgenommen werden dürfen. Sie verfolgt nur den Zweck, eine Täuschung des Publikums über die persönlich haftenden Personen zu verhindern.[41])

---

[40]) Denkschrift zu § 160 des Entwurfs.

[41]) Ullmann Leipz. Ztschr. S. 564; abw Dür.-Hachenburg § 1 S. 26.

Gegenüber den anderen Gesellschaftern und im Innenverhältnis zu ihnen tritt der Kommanditist weit zurück, jedoch nur kraft dispositiven Rechts, d. h. soweit nicht abweichende Bestimmungen getroffen werden. Er ist von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen und kann einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nur dann widersprechen, wenn sie über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Eine Konsequenz dieser Vorschrift ist die Ablehnung des Konkurrenzverbots für den Kommanditisten. Denn da er sich nicht in der Gesellschaft betätigt, und seine Haftung auf die Einlage beschränkt ist, so wäre es unbillig, das Verbot auf ihn anzuwenden. Kann er doch weder durch seine Tätigkeit in dem Handelszweige der Gesellschaft außerhalb des Gesellschaftsrahmens, noch durch Teilnahme an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftendes Mitglied die Geschäftsgeheimnisse oder den Kredit der Gesellschaft gefährden. Abweichend sind auch die Normen über die Verteilung und Entnahme des Gewinns.

Auch in der Kontrolle der Geschäftsführung durch die anderen Gesellschafter ist der Kommanditist beschränkt. Er ist nur berechtigt, sofern nicht wichtige Gründe vorliegen, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu fordern. Es ist ihm jedoch nicht, wie dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Komplementar, gestattet, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten, sowie die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einzusehen.

Diese Einschränkungen sind freilich recht erheblich. Doch es heißt das Beweisthema verschieben, wenn Kielhorn (S. 26) hieraus den Schluß zieht, daß seine Stellung mehr der eines Kapitalinteressenten, als der eines Gesellschafters gleicht. Denn die Beweisführung ist gerade darauf gerichtet, Kapitalinteressenten und gewerbetreibenden Gesellschafter von einander zu unterscheiden. Daß durch diese Einschränkungen dem Kommanditisten nicht grundsätzlich eine andere Stellung angewiesen werden soll, als den übrigen Gesellschaftern, ist auch die Ansicht des Reichsgerichts.[42])

[42]) E.R.G. 31 S. 39; abw R.O.H.G. 14 S. 7.

Nach ihm erlangt der Kommanditist, wenn ihm die Geschäftsführung übertragen wird, dadurch nicht die Stellung eines Prokuristen oder Bevollmächtigten, sondern die eines geschäftsführenden Gesellschafters.

Ebenso irrig sind die Folgerungen Kielhorns (S. 24) aus § 41 Abs. 1. Dieser Paragraph besagt: „Das Inventar und die Bilanz sind von dem Kaufmanne zu unterzeichnen. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so haben sie alle zu unterzeichnen". Hieraus zieht Kielhorn per argumentum e contrario den richtigen Schluß, daß der Kommanditist kein Mitwirkungsrecht dabei habe. Dann meint er aber, „die Vorschrift des § 41 Abs. 1 könne nur dahin ausgelegt werden, daß in Satz 1 das allgemeine Prinzip festgestellt und in Satz 2 die für den Einzelfall sich daraus ergebende Konsequenz gezogen werden solle. Da die persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschafter Kaufleute seien, so hätten sie natürlich alle zu unterzeichnen. Da die Kommanditisten nicht mit zu unterzeichnen hätten, so hätten sie auch nicht als Kaufleute zu gelten. Dies entspreche auch ganz der Stellung, die sie in der Gesellschaft einnähmen. Denn wie sollten sie in der Lage sein, die Aktiva und Passiva der Gesellschafter zu überblicken, wenn sie dem Geschäftsbetriebe völlig fern stehen?" Einmal wird nun aber durch § 41 die Lage des Kommanditisten nicht verschlechtert. Im Gegenteil. Die Unterzeichnung der Bilanz ist zwar auch nebenbei ein Recht des persönlich haftenden Gesellschafters gegenüber den anderen Gesellschaftern, aber sie ist in der Hauptsache eine öffentlich rechtliche Pflicht.[43]) Von dieser Pflicht wird der Kommanditist angesichts seiner sonstigen Rechtsstellung befreit. Sodann erscheint es auch ungerechtfertigt, zu argumentieren: Jeder Kaufmann hat die Funktion zu unterzeichnen. Derjenige, dem diese einzelne Funktion fehlt, ist nicht Kaufmann. Das wäre nur richtig, wenn die Funktion der Bilanzunterzeichnung ein Moment in der Bestimmung des Kaufmannsbegriffes wäre.

Den Hauptwert legen die Anhänger dieser Ansicht jedoch auf die §§ 164 und 170 H.G.B. Danach ist der Kommanditist,

---

[43]) Staub zu § 41 Anm. 1.

sofern nichts anderes vereinbart ist, von der Geschäftsführung und kraft zwingenden Rechts von der Vertretung ausgeschlossen. Der Kommanditist sei von der Möglichkeit ausgeschlossen, eine persönliche Tätigkeit auszuüben.[44])

Es ist schon oben der Nachweis versucht worden, daß der Kaufmannsbegriff eine persönliche Tätigkeit nicht erfordere. Das hat sich insbesondere an dem von Ullmann gewählten Beispiel des offenen Handelsgesellschafters gezeigt, der auch dann Kaufmann bleibt, wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Das gibt auch Ullmann zu, der jedoch dem Kommanditisten, hauptsächlich wegen des Ausschlusses von der Geschäftsführung, die Kaufmannseigenschaft abspricht.

Es ist nun interessant, wie Ullmann (S. 565/66) die persönliche Tätigkeit des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Gesellschafters konstruiert gegenüber der Untätigkeit des Kommanditisten. Er verstärkt seine Konstruktion durch den Hinweis auf § 170 H.G.B., der den Kommanditisten von der Vertretung ausschließt. Aber es ist nicht richtig, wenn er sagt, daß der Kommanditist nicht in Rechtsbeziehung zur Außenwelt träte. Diese Beziehung wird durch die Eintragung in das Handelsregister und durch den Betrieb im Namen der Gesellschaft, der ja auch der Name des Kommanditisten ist, hergestellt.

Ullmann meint nun[45]), daß man bei der Analysierung von Rechtsgebilden entscheidendes Gewicht nur auf diejenige Konstruktion legen könne, welche das Gesetz als den Regelfall unterstellt. Danach allein sei die rechtliche Natur der einzelnen Rechtsgebilde zu beurteilen. Die Möglichkeit vertraglicher Aenderungen, deren Anwendung bewirkt, daß die einzelnen Rechtsgebilde in ihrer Erscheinung einander ähnlich werden, müsse außer Betracht bleiben. „Eine offene Handelsgesellschaft behalte deshalb diese Eigenschaft mit allen sich hieraus ergebenden Konsequenzen, solange nicht die vertraglichen Aenderungen die Subsumierung der Gesellschaft unter dem Begriff der offenen Handelsgesellschaft unmöglich mache. Sei sonach die Geschäftsführungsbefugnis sowohl

---

[44]) Ullmann Leipz. Ztschr. Nr. 8 S. 565.

[45]) Wie schon oben bemerkt, Heft 8 S. 566.

wie die Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters ausgeschlossen, so bleibe trotzdem die Gesellschaft eine offene Handelsgesellschaft und die Gesellschafter bleiben Kaufleute, auch wenn einer von ihnen keine Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis habe. Dieser Gesellschafter sei Kaufmann nicht aus dem einzigen Grunde, weil das Handelsgewerbe auch unter seinem Handelsnamen, der Gesellschaftsfirma betrieben wird, sondern weil im Regelfalle der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft als Geschäftsprinzipal, als Unternehmer und also als Kaufmann anzusehen ist, und weil an dieser Konsequenz nichts dadurch geändert werde, daß im konkreten Falle durch vertragliche Abmachungen die aus der Unternehmerschaft des Gesellschafters sich ergebenden Rechte in einzelnen Beziehungen beschränkt würden."

Nun ist freilich Ullmann m. E. darin durchaus beizupflichten, daß man bei der Beurteilung von Rechtsgebilden entscheidendes Gewicht auf diejenige Konstruktion legen muß, welche das Gesetz als den Regelfall unterstellt. Aber die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft des offenen Gesellschafters ergibt sich nicht durch die Analyse der offenen Handelsgesellschaft allein, sondern durch die Analyse auch des § 1. Die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft sind nicht Kaufleute, weil diese ihre Eigenschaft aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft entspringt, sondern weil und soweit sie auf ihre Person als Gesellschafter die Bedingungen des § 1 erfüllen. Es ist daher unrichtig, zu sagen, ein offener Gesellschafter, der von der Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis durch den Gesellschafter ausgeschlossen ist, sei deshalb Kaufmann, weil die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft im Regelfalle als Kaufleute anzusehen seien. Er ist vielmehr Kaufmann aus demselben Grunde, aus dem wir auch dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft zusprechen müssen, weil nämlich die Geschäfte der Gesellschaft in seinem Namen betrieben werden. Denn ein weiteres Erfordernis stellt § 1 nicht auf.

Für die Stellung des Kommanditisten nach außen hin, gilt der Satz, daß er zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt sei. Diese Vorschrift ist zwingenden Rechts. Er erhält also durch Bevollmächtigung von seiten der Gesellschaft nicht die Stellung

eines geschäftsführenden Gesellschafters, sondern nur diejenige eines Handlungsbevollmächtigten.[46])

Bei der Auflösung der Gesellschaft nimmt der Kommanditist jedoch grundsätzlich die gleiche Stellung ein, wie der Komplementar. So hat er bei dem Auflösungsbeschluß volles Stimmrecht. Ferner vermag er durch seine Kündigung das Ende der Gesellschaft herbeizuführen, und das gleiche Resultat wird durch die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen herbeigeführt. Eine wichtige Sondervorschrift enthält nur § 177, demgemäß der Tod des Kommanditisten die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge hat.

Bei der Liquidation der Kommanditgesellschaft kommen die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft ohne Einschränkung zur Anwendung, sie erfolgt, sofern nichts anderes vereinbart wird, durch sämtliche Gesellschafter als Liquidatoren. Da auch der Kommanditist Gesellschafter ist, stehen ihm durchaus die gleichen Befugnisse zu wie dem Komplementar. Diese Gleichstellung erklärt sich keineswegs nur daraus, daß das Verhältnis des Kommanditisten zum Komplementar ein persönliches Vertrauensverhältnis ist[47]), und das es offensichtlich höchst verkehrt wäre, wenn das Gesetz bei der Liquidation den Kommanditisten völlig der Willkür des Komplementars preisgäbe, da ja ein Vertrauensmisbrauch oder ein persönliches Zerwürfnis die Veranlassung zur Auflösung abgegeben haben könne. Wären diese Ausführungen richtig, so wäre nicht zu verstehen, warum das Gesetz die Liquidation der stillen Gesellschaft so ganz anders geregelt hat. Denn das persönliche Vertrauensverhältnis, von dem Kielhorn spricht, findet sich hier in weit höherem Maße; geht doch die Einlage des stillen Gesellschafters völlig in das Eigentum des Geschäftsinhabers über. Und doch bestimmt § 340 H.G.B., daß dieser sich nach Auflösung der Gesellschaft mit jenem auseinander zu setzen habe, und daß die zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäfte nur von ihm abgewickelt würden. Der Grund der verschiedenen Behandlung der beiden Gesellschaftsformen ist darin zu

---

[46]) Lehmann S. 344; Kielhorn S. 27.

[47]) Kielhorn S. 31.

sehen, daß dem Kommanditisten, nicht aber dem stillen Gesellschafter, im Prinzip die gleiche Stellung wie dem persönlich haftenden Gesellschafter zukommt, daß die freilich sehr zahlreichen und bedeutsamen Einschränkungen seiner Stellung nur als Ausnahme von der Regel anzusprechen seien.

Unverständlich ist, wie Kielhorn (S. 38) aus § 139 den Schluß ziehen will, daß der Gesetzgeber mit dem Beitritt einer Person zu einer Gesellschaft als Kommanditist nicht den Erwerb der Kaufmannseigenschaft durch dieselbe habe verknüpfen wollen. Die Folgerung liegt doch bei weitem näher, daß der Gesetzgeber nur den Zweck im Auge gehabt habe, dem Erben das Verbleiben in der Gesellschaft zu ermöglichen, ohne ihn mit der Gefahr der persönlichen Haftung zu bedrohen.

Allen diesen Bedenken, deren Hinfälligkeit aufzuzeigen wir uns bisher bemüht haben, stehen ferner Momente entgegen, welche durchaus für die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten sprechen.

Hier ist das Firmenrecht von wesentlicher Bedeutung. Die Firma ist nach § 17 H.G.B. der Name des Kaufmanns, unter dem er im Verkehr seine Geschäfte abschließt und seine Unterschrift abgibt. Die Firma ist also der Name nur eines Kaufmannes, und zwar, was in diesem Zusammenhange unbeachtlich ist, eines Vollkaufmannes. Dies wird durch § 5 H.G.B. bestätigt, welcher besagt, daß eine in das Firmenregister eingetragene Person gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend machen könne, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder daß es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben (Kleinbetrieb, Handwerk) gehöre. Hat der Kommanditist eine Firma oder, genauer ausgedrückt, umfaßt die Firma der Kommanditgesellschaft nicht nur die Komplementare, sondern auch die Kommanditisten, so gibt § 17 einen bedeutsamen Fingerzeig für die Lösung des Problems. Diese Voraussetzung trifft nach § 161 Abs. 1 aber tatsächlich zu. Der Paragraph lautet: „Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine Kommanditgesellschaft, wenn bei einem oder bei einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschafts-

gläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Teile der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (persönlich haftende Gesellschafter)". Nach dieser Definition gehören die Kommanditisten in gleicher Weise zu der Gesellschaft wie die Komplementare. Die Firma der Gesellschaft ist also der gemeinschaftliche Handelsname aller Beteiligten, sowohl der persönlich wie der nur beschränkt haftenden Gesellschafter. Hieraus folgt, daß auch der Kommanditist eine Firma hat. Daran ändert auch nichts, daß sein Name nicht in die Firma aufgenommen werden darf (§ 19 Abs. 2 und 4). Diese Bestimmung zeugt nicht, wie Kielhorn (S. 10, 11) anzunehmen scheint, von einer prinzipiellen Negierung der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Sie hat nur den Zweck, eine Täuschung des Publikums, insbesondere der Gesellschaftsgläubiger, über die persönlich haftenden Gesellschafter zu verhindern. Das erweist auch Art. 168 des A.D.H.G.B., wonach der Kommanditist gleich einem Komplementar haften sollte, wenn sein Name in der Firma genannt wurde.

Ein weiteres Argument für die hier vertretene Auffassung läßt sich aus § 171 entnehmen, nach welchem der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar haftet, soweit die Einlage noch nicht geleistet ist. Er ist also nicht etwa nur der Gesellschaft gegenüber zur Zahlung der Einlage verpflichtet, sondern die Gläubiger haben ein unmittelbares direktes Angriffsrecht gegen ihn.[48])

Noch klarer tritt die Stellung des Kommanditisten im Falle des § 176 hervor. Hat nämlich die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen, bevor sie in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, eingetragen ist, so haftet jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginne zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter. Diese Bestimmung zeigt

---

[48]) Ist der Kommanditist Kaufmann, so sind für derartige Klagen gemäß G.V.G. § 101 Nr. 1 die Kammern für Handelssachen zuständig. Ein durchaus befriedigendes Ergebnis! Aehnlich R.G. betr. Kaufmannsgerichte § 5 Abs. 2. Vgl. Pappenheim S. 25, 28.

recht deutlich, daß der Kommanditist nicht nur ein Kapitalbeteiligter ist, wie der stille Gesellschafter oder der Darlehnsgeber, sondern ein Kaufmann, der sich von den übrigen Kaufleuten nur in Einzelheiten, nicht aber in der Art unterscheidet.

Auch die Tendenz des Gesetzes spricht für unsere Anschauung. Sie erhellt aus der Fassung des § 161 im Gegensatz zu § 335 H.G.B. Es dürfte nicht wertlos sein, die beiden Paragraphen einander gegenüber zu stellen. § 161 Abs. 1: „Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine Kommanditgesellschaft, wenn bei einem oder einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Teile der Gesellschaft eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (persönlich haftende Gesellschafter)".

§ 335 Abs. 1: „Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage beteiligt, hat die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers übergeht".

Es ist ohne weiteres klar, daß zum mindesten nach diesen Paragraphen der Kommanditist eine grundsätzlich andere Stellung hat, als der stille Gesellschafter. Er ist Gesellschafter so gut wie der Komplementar und unterscheidet sich von ihm nur durch den Grad der Haftung. Der stille Gesellschafter hingegen betreibt kein Handelsgewerbe. Er ist nur Kapitalinteressent an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt. Wollte das Gesetz dem Kommanditisten eine dem stillen Gesellschafter ähnliche Stellung geben, so hätte es sicherlich § 161 anders gefaßt, zumal die Kontroverse schon im alten Recht bestand. Es tut dies nicht, nennt Komplementare und Kommanditisten in einem Satze und läßt ergänzend die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft eingreifen. Man sollte daher annehmen, daß, da der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft Kaufmann ist, über den Kommanditisten aber nichts Gegenteiliges gesagt wird, dieser die gleiche Stellung haben müßte.

Außerdem ist folgendes zu erwägen: Wenn die Gesellschaft

auch nicht gleich der Summe der Gesellschafter ist,[49]) so besteht sie doch in der Gesamtheit ihrer Mitglieder und durch diese. Zu ihrem Bestande ist jedes einzelne Mitglied notwendig. Sie wird durch die Kündigung auch eines Kommanditisten aufgelöst. Sie verdankt ihre Existenz gleichmäßig Komplementaren und Kommanditisten. Daher begreift ihr Name die aller Gesellschafter in sich, und deshalb sind es auch alle Gesellschafter, die das Handelsgewerbe betreiben, ohne Rücksicht auf Art der Haftung, auf Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis.

Unsere Untersuchung hat also zu dem Ergebnis geführt, daß, rein juristisch betrachtet, die Bedenken gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten verschwinden. Doch wird der hier vertretenen Anschauung entgegengehalten, daß ihre Konsequenzen zu Widersprüchen führten und durchaus verkehrsfeindlich seien. Ob dem so ist, bleibt noch zu untersuchen.

Das Verbot, den Namen des Kommanditisten in die Firma aufzunehmen, ist schon oben erwähnt worden. Es wurde gezeigt, daß dieses Verbot nur aus praktischen Rücksichten seinen Weg in das Gesetz gefunden hat.

Nur um ein Redaktionsversehen dürfte es sich bei der Vorschrift des § 236 H.G.B. handeln. Danach ist es den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft ohne Einwilligung der Gesellschaft weder gestattet, „ein Handelsgewerbe zu betreiben, noch in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen, auch nicht an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter teilzunehmen".

Da nur die Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter verboten ist, muß die Teilnahme als Kommanditist erlaubt sein. Dieser könnte daher nicht zu den Personen gehören, welche ein Handelsgewerbe betreiben, da § 236 auch den Betrieb eines solchen verbietet.

Ebenso wenig könnten aber die persönlich haftenden Gesellschafter zu den ein Handelsgewerbe Betreibenden gerechnet werden, da sie von diesen ausdrücklich unterschieden werden. Dem

---

[49]) Makower S. 9.

persönlich haftenden Gesellschafter die Kaufmannseigenschaft abzusprechen, kann unmöglich im Sinne des Paragraphen liegen. Daraus, daß § 236 den „Betrieb eines Handelsgewerbes" der „Beteiligung an einer Handelsgesellschaft" gegenüberstellt, geht hervor, daß er unter jenem nur den Betrieb des Einzelkaufmanns versteht.[50])

Die Nichtanwendbarkeit einer ganzen Reihe von Vorschriften, welche für den Kaufmann im allgemeinen, nicht aber für den Kaufmann, der Kommanditist ist, gelten, erklärt sich aus dem Ausschluß des Kommanditisten von der Geschäftsführung. In diese Kategorie gehören die Bestimmungen über die Buchführung. Nach § 38 H.G.B. ist jeder Kaufmann verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen. Da die Buchführung ein Teil der Geschäftsführung ist, der Kommanditist aber von dieser ausgeschlossen ist, so trifft ihn auch nicht die Bestimmung des § 38. Die lex specialis des § 164 (Ausschluß des Kommanditisten von der Geschäftsführung) geht eben der lex generalis des § 38 vor, nicht aber besteht, wie Kielhorn (S. 48) meint, eine Antinomie.

Gleiches gilt hinsichtlich der Errichtung eines Inventars und der Bilanz.

Durchaus irrig sind die Ausführungen Kielhorns (S. 49 ff.) über die Ausdehnung der konkursrechtlichen Vorschriften der §§ 239, 240 K.O. auf den Kommanditisten. Den Strafbestimmungen dieser Paragraphen unterliegen „Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wenn sie entweder es gegen die Bestimmung des H.G.B. unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen, oder aber Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, bzw. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt (oder verändert) haben, daß dieselben keine Uebersicht des Vermögensstandes gewähren". Bei der zweiten Art von Handlungen ist die Strafe eine schwerere, wenn

---

[50]) Vgl. Pappenheim S. 11.

sie in der Absicht vorgenommen sind, die Gläubiger zu benachteiligen. Kielhorn meint nun, „die Anhänger der den Kommanditisten als Kaufmann betrachtenden Ansicht müßten die Frage, ob diese Vorschriften auch auf ihn zu erstrecken seien, entschieden bejahen, da keinerlei Anhaltspunkte für eine Ausnahme von dem Grundsatz zu seinen Gunsten zu finden seien. Er könne sich in diesem Falle auch nicht dadurch entschuldigen, daß er geltend mache, die Buchführung sei den anderen Sozien übertragen; denn seine Pflicht wäre es gewesen, sich von der ordnungsmäßigen Erfüllung derselben durch die anderen Sozien zu überzeugen. Allein diese Ansicht führe zu unhaltbaren Konsequenzen, da der Kommanditist nicht in der Lage sei, sich persönlich von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten." Es ist nicht recht verständlich, warum ein Kommanditist, der Handelsbücher vernichtet oder verändert, nicht bestraft werden soll, wenn die Voraussetzungen der §§ 239, 240 vorliegen. Freilich, wenn von der Gesellschaft rechtswidrig unterlassen ist, Handelsbücher zu führen, muß er straffrei bleiben, denn nicht ihm „lag deren Führung gesetzlich ob"; er war ja im Gegenteil kraft Gesetzes von der Buchführung nicht nur befreit, sondern sogar ausgeschlossen.

Nicht unbedenklich erscheint hingegen die Auslegung des § 344 Abs. 2, derzufolge die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet gelten, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt. Bedenkt man jedoch, daß der Kommanditist als solcher zur Unterzeichnung eines Schuldscheines nicht berechtigt ist, so dürfte die vom Gesetz statuierte Ausnahme stets dann vorliegen, wenn der Kommanditist mit seinem bürgerlichen Namen zeichnet.[51])

Eine Anzahl von Bestimmungen aus dem dritten Buch des H.G.B., welche für Kaufleute gelten, finden auf den Kommanditisten keine Anwendung, so, um nur einige Bestimmungen herauszugreifen, § 344 Abs. 1, nach welchem die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als

---

[51]) Makower § 344 III f. 3 IIc; dahingest. R.O.H. 14, 211; abw. R.O.H. 14, 286.

zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig gelten; auch nicht § 362, demzufolge einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, zur unverzüglichen Antwort verpflichtet ist. Aber diese Ausnahmen, sowie die entsprechenden bezüglich der §§ 31, 355, 363, 406, 415, 451 ergeben sich aus dem Ausschluß des Kommanditisten von der Geschäftsführung und Vertretung. Da aber der Ausschluß selbst dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft nicht raubt, um so viel weniger die Wirkungen dieses Ausschlusses.

Zweckwidrig erscheinen, wie zugegeben werden muß, die Wirkungen, welche sich an die Eintragung des Kommanditisten ins Handelsregister knüpfen. So erhält er durch die Eintragung das aktive und passive Wahlrecht zur Handelskammer. Voraussetzung dieses Rechts sollte nach dem Gesetz von 1870 die Kenntnis der Handelsgebräuche sein. Für die Erfüllung dieser Voraussetzung bietet der Kommanditist allerdings keine Gewähr.

Das Gleiche gilt für seine Befähigung zur Bekleidung des Amts eines Handelsrichters. Die Gefahr ist jedoch nicht bedeutend, da die Wähler das Recht und die Pflicht haben, die Fähigkeiten ihrer Vertrauenspersonen einer kritischen Betrachtung zu unterziehen.

Ueberaus gefährlich hingegen dünkt uns § 8 des Reichsgesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte von 1894, welcher besagt:

> „Die Bestimmungen dieses Gesetzes finden keine Anwendung, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist".

Auch hier wird vorausgesetzt, daß Kaufleute nur solche Personen seien, welche mitten im Verkehrsleben stehen und kraft ihrer Erfahrung der Krücke eines Gesetzes entbehren können, das allein zum Schutze der Schwachen und Unerfahrenen geschaffen ist. Der Kommanditist mag aber häufig zu diesen zu zählen sein.

Anders verhält es sich mit dem Gesetz von 1899, betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe. Danach dürfen nur solche Schiffe in das Schiffsregister eingetragen werden, die

im ausschließlichen Eigentum von deutschen Reichsangehörigen stehen. Ist nun eine offene Handelsgesellschaft Eigentümerin des Schiffes und tritt ihr ein Ausländer als offener Gesellschafter bei, so verliert das Schiff seine Nationalität. Dasselbe muß richtig sein, wenn der Ausländer als Kommanditist eintritt; denn einmal wird er Miteigentümer; ferner ist er aber auch imstande, durch unzeitgemäße Kündigung und durch den Widerspruch gegen eine Handlung, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht, dem Zweck des Gesetzes entgegenzuwirken.

Ferner kann es nur angemessen erscheinen, wenn der Kommanditist gemäß § 11 Abs. 1, Satz 3 des R.G., betreffend Kaufmannsgerichte von 1904, nicht Vorsitzender eines Kaufmannsgerichts sein kann. Denn nach dem Zweck dieses Gesetzes soll der Vorsitzende ein Unparteiischer, weder Arbeitgeber (Kaufmann), noch Arbeitnehmer (Handelsgehilfe, -Lehrling) sein (vgl. Pappenheim S. 29).

Die Mißhelligkeiten, welche sich aus diesen Vorschriften ergeben können, sind gewiß ernster Natur und bei einer Revision des Gesetzes wohl zu beachten. Sie können aber m. E. nicht die Kraft haben, das bestehende Gesetz zu beeinflussen.

Nach diesem ist der Kommanditist Kaufmann und betreibt selbständig ein Erwerbsgeschäft.

Abschnitt III.

§ 5.

Die Rechtsstellung des Erwerbsgeschäfts im Güterrecht.

Ueber die Rechtsstellung des Erwerbsgeschäfts im Güterrecht herrscht Streit. Sowohl in der Wissenschaft wie in der Praxis sind Stimmen laut geworden, welche ein von der Frau selbständig betriebenes Erwerbsgeschäft für Vorbehaltsgut erklären.

Uebereinstimmend werden von allen Schriftstellern die Fälle unterschieden, in denen eine Frau ein Erwerbsgeschäft vor Eingehung der Ehe betreibt, und in denen ihr während bestehender Ehe ein solches durch Schenkung oder Erbgang anfällt, von denjenigen, in welchen der Ehemann während der Ehe der Frau eingebrachtes Gut zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts überläßt.[52]) Jene Fälle liegen auch insofern gleich, als Besitz und tatsächliche Gewalt über das Geschäft ursprünglich der Frau zusteht. Doch ist die rechtliche Behandlung im Wesentlichen die gleiche. Die Autoren, welche das Erwerbsgeschäft zum Vorbehaltsgut rechnen, stützen sich auf den § 1366 und dessen Entstehungsgeschichte.[53]) Hachenburg[54]) geht von dem Fall aus, daß die Inhaberin etwa eines großen Konfektionsgeschäftes einen Lehrer heiratet, ohne einen Ehevertrag zu schließen. „Der Mann kümmert sich natürlich nicht um das Geschäft. Eines Tages aber erfährt die Frau, daß der Mann sämtliche Waren ihres Lagers in seine Disposition nehmen dürfe. Sie geriete dadurch in eine Abhängigkeit vom Manne, die das Gesetz gerade beseitigen wollte. Dieser Widerspruch zwischen dem Wortlaut und dem Geist des Gesetzes sei jedoch nur ein scheinbarer. Denn § 1366 gebe die

---

[52]) Dernburg D.J.Z. S. 468; Thiele S. 346; Ullmann J.W. S. 49; Düringer-Hachenburg Komentar S. 11.

[53]) § 1366: Vorbehaltsgut sind die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte.

[54]) Vorträge S. 392.

Lösung der Frage. Unter Arbeitsgeräten seien nicht nur die von der Reichstagskommission genannten Beispiele, Nähmaschinen und Stickgeräte, sondern das im Geschäft benutzte Gewerbekapital überhaupt zu verstehen."

Daß diese Bedeutung dem Begriff „Arbeitsgeräte" nicht zukommt, fühlt auch Dernburg: Das Wort Arbeitsgerät bilde nur ein Beispiel, welches aber für die Auslegung der grundsätzlichen Bestimmung des § 1366 aufklärend sei". Dernburg meint, man könne den Grundsatz des § 1366 einen engeren oder weiteren Sinn beilegen. Der engere Sinn sei, daß es sich um Sachen handle, welche der leiblichen Person der Frau dienen sollen. Im weiteren Sinn könne aber unter den ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen verstanden werden, was überhaupt zum selbständigen Gebrauch der Frau bestimmt sei. Dernburg entnimmt diesen weiteren Sinn des Paragraphen aus dem abgelehnten Antrag einer Minderheit der Reichstagskommission, hinter Schmucksachen einzuschieben: „sowie die zur Ausübung ihres Berufs oder ihres Erwerbs dienenden Gegenstände". Er ist der Ansicht, daß die Ablehnung dieses Antrags nur deshalb erfolgte, weil neben den konkreten Beispielen, Kleider, Schmucksachen, die abstrakte Hervorhebung aller zur Ausübung des Berufs oder Erwerbs dienenden Gegenstände nicht angebracht gewesen sei. Man hätte sich deshalb beschränkt, ihnen die Arbeitsgeräte zur Seite zu stellen, aber als Beispiele, wie dies bei Kleidern und Schmucksachen der Fall ist. Diese Annahme erscheint aber recht gewagt, da die Ablehnung jenes Antrags ohne Motivierung erfolgte.[55])

Insoweit dürfte ihm beizupflichten sein, als die Arbeitsgeräte nur als Beispiele angeführt sind. Aber sie sind nicht Beispiele von sämtlichen „zur Ausübung ihres Berufs oder Erwerbes dienenden Gegenständen", sondern nur von denjenigen Sachen dieser Zweckbestimmung, welche ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt sind. Es genügt keinesfalls, daß sie dem „selbständigen" Gebrauch dienen sollen.[56])

---

[55]) Mugdan Ges. Materialien S. 1226.

[56]) Thiele S. 330, 331.

Durch das Wort „insbesondere“ wird auch darauf hingewiesen, daß der Nachsatz des Paragraphen nur eine Erläuterung, nicht eine Ausdehnung des Vordersatzes enthält.

Bei der Auslegung dieses Vordersatzes wird aber m. E. durchgängig in der Fragestellung gefehlt.[57]) Es wird nämlich nur danach gefragt, ob die Gegenstände einmal ihrer objektiven Zweckbestimmung nach ausschließlich auf die Frau hinweisen und sodann, subjektiv, nur für die betreffende Frau bestimmt sind. Nur diese Gesichtspunkte zugrunde zu legen, genügt aber nicht, wie ja der Widerstreit der Meinung gezeigt hat.

Man nehme etwa an, die Frau sei im Besitze von 25 Damenblousen, zu deren Gebrauch sie allein bemächtigt sei. Die subjektive und auch die objektive Beziehung auf die Ehefrau ist damit gegeben. Die Frage, welcher Güterart die Blousen zuzurechnen sind, ist jedoch hierdurch noch nicht entschieden. Sie wird danach zu beantworten sein, ob die Blousen dem „leiblichen“ Gebrauch der Frau dienen oder im Betriebe eines Erwerbsgeschäfts verwandt werden sollen. Denn in der Forderung des persönlichen Gebrauchs liegt die Bestimmung versteckt, wie, nach welcher Richtung hin die Sachen zu gebrauchen sind. Der Paragraph weist auf die nationalökonomische Unterscheidung zwischen Tauschwert und Gebrauchswert hin. Dem persönlichen Gebrauch dient die Sache nur dann, wenn sie der Frau mit ihrem Gebrauchswert, nicht aber mit ihrem Tauschwert dient. Denn nur der Gebrauchswert dient der Person, der Tauschwert hingegen dem Vermögen der Frau. Kleider in einem von der Frau betriebenen Konfektionsgeschäft gehören daher in das eingebrachte Gut, auch wenn das Geschäft vor Eingehung der Ehe von der Frau betrieben wurde.

Und auch § 1367[58]) ist gegen Dernburg anzuführen. Denn es ist in der Tat bedeutsam, wenn auch nicht schlagend, wie Thiele (S. 332) meint, daß der Gesetzgeber nur den durch

---

[57]) Thiele S. 328; Wieruszowski I S. 147; Endemann Bd. 2 S. 726 No. 23; Ullmann Eherecht S. 14; Dernburg D.J.Z. S. 467.

[58]) § 1367: „Vorbehaltsgut ist, was die Frau durch ihre Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt“.

selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gemachten Erwerb, nicht aber das Geschäft selbst für Vorbehaltsgut erklärt. Dem hiergegen möglichen Einwand, daß das Gesetz dies ja schon in § 1366 getan habe, hält Thiele mit Recht entgegen, daß es in diesem Falle im § 1367 etwas überflüssiges gesagt habe; denn das Gesetz hätte dann in diesem Paragraphen dasselbe noch einmal gesagt.

Treffend sind auch die Ausführungen Thieles gegen das zweite Argument Dernburgs. Er weist nämlich nach, daß Dernburg hier ein quid pro quo setzt. Dieser Schriftsteller argumentiert so (S. 465): „Eingebrachtes Gut ist nach § 1363 das Vermögen der Frau, welches durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen wird; Vorbehaltsgut nach § 1365 dasjenige, worauf sich die Verwaltung und Nutznießung des Mannes nicht erstreckt. An den Sachen, welche dem selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts durch die Frau dienen, hat der Mann nach § 1367 nicht die Nutznießung, auch hat die Frau die regelmäßige Verwaltung derselben. Sie gehören also zum Vorbehaltsgut."

Diese Ausführungen treffen deshalb nicht zu, weil das B.G.B. weder im § 1363 eine Begriffsbestimmung des eingebrachten, noch im § 1365 eine solche des Vorbehaltsguts gibt. Wäre es noch möglich, aus § 1363 eine Definition herauslesen zu wollen, so ist dies bei § 1365 keinesfalls angängig, denn dieser Paragraph regelt — wie m. E. auch § 1363 — nur die Rechtsstellung des Mannes zu einer gewissen Art des Frauenvermögens, während die möglichen Bestandteile dieser Vermögensart erst in den folgenden Paragraphen ausschließlich bezeichnet sind. Das Erwerbsgeschäft findet sich aber nicht darunter.

Trotzdem macht sich das O.L.G. Dresden[59]) die Auffassung Dernburgs zu eigen. Freilich läßt es sich hauptsächlich von praktischen Gesichtspunkten leiten. Es will das Warenlager nur als einheitliche Vermögensmasse aufgefaßt und behandelt wissen, und hält es für widersinnig, daß der Mann über die ursprünglichen Warenbestände verfügen und auf diese Weise das Geschäft

[59]) Rechtspr. der O.L.G. Bd. 9 S. 149 ff.

der Ehefrau gangbarer und notwendiger Artikel berauben und dadurch zugrunde richten könne. Auch hält es das Ergebnis für sonderbar, daß zwar die Nähmaschine der Putzmacherin den Zugriffen des Mannes entzogen sei, die Schmuckfedern dagegen, die sie ihren Kundinnen zur Auswahl vorlegen muß, von der Verfügungsmacht des Mannes ergriffen würden.

Diese Ausführungen, die, wie Dernburg (S. 468) sagt, der Tendenz des B.G.B. gerecht werden, den Frauen, auch wenn sie verheiratet sind, ein Feld gesicherter Erwerbsmöglichkeit zu öffnen, hält das Reichsgericht[60]) wenigstens in ihrem praktischen Ergebnis für recht annehmbar, wenn ihm auch die rechtliche Begründung, auf die einzugehen es keinen Anlaß nimmt, nicht einwandfrei erscheint. „Kein Zweifel", so führt er aus, „kann darüber obwalten, daß es sowohl dem Bedürfnisse des Rechtsverkehrs als den Anforderungen der Billigkeit lediglich entspricht, wenn für den gesetzlichen Güterstand des B.G.B. als Vorbehaltsgut alles dasjenige Vermögen betrachtet wird, das der Ehefrau von dem Ehemann zu dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts überlassen, insbesondere in einem der Ehefrau bei dem Beginn der ehelichen Nutznießung und Verwaltung zustehenden und von ihr mit Einwilligung des Ehemannes fortgesetzten Erwerbsgeschäfts begriffen ist".

Aber gerade dieses praktische Ergebnis der Dernburgschen Konstruktion halte ich nicht nur nicht für wünschenswert, sondern für höchst gefährlich. Die Gefahr für den geschäftlichen Verkehr zeigt sich allerdings nicht bei der isolierten Betrachtung des § 1366, wohl aber, wenn man diesen Paragraphen mit § 1362 Abs. 2 zusammenhält.[61]) Denn dieser Paragraph stellt für genau dieselben Sachen, die nach § 1366 Vorbehaltsgut sind, eine Eigentumsvermutung zugunsten der Frau auf.[62])

Man nehme nun etwa folgenden Fall: Der Inhaber eines

---

[60]) Entscheidung des Reichs-Gerichts Bd. 59 S. 29.

[61]) § 1362 2: „Für die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen, insbesondere für Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte, gilt im Verhältnis der Ehegatten zu einander und zu den Gläubigern die Vermutung, daß die Sachen der Frau gehören".

[62]) Planck § 1362 No. 5.

Erwerbsgeschäfts gerät in Zahlungsschwierigkeiten. Bevor er seine Zahlungen einstellt, veranlaßt er seine Frau, ein Geschäft der gleichen Art zu errichten und selbständig zu betreiben. Zu diesem Zweck überläßt er ihr, neben ihrem eigenen Vermögen, größere Posten Waren aus dem ihm gehörigen Warenlager. Da nun das Erwerbsgeschäft der Frau nach Dernburg ꝛc. zu den in § 1366 aufgezählten Gegenständen gehört, die mit den in § 1362, 2 genannten identisch sind, so wird dadurch den Gläubigern des Mannes die probatio diabolica zugemutet, die zu vermeiden der Zweck des § 1362 Abs. 1 ist.[63])

Man wird zugeben, daß derartige Fälle mindestens so häufig sich ereignen können, wie solche, in denen der Ehemann den Geschäftsbetrieb der Ehefrau tyrannisch vernichtet.[64]) Es liegt daher um so weniger eine Veranlassung vor, der klaren Bestimmung des Gesetzes Gewalt anzutun.

Nun wendet aber noch Wieruszowski[65]) ein, daß zwar das Erwerbsgeschäft im Alleinbetriebe der Frau nicht zum Vorbehaltsgut gehöre, wohl aber das Erwerbsgeschäft, das die Frau im Gesellschaftsverhältnis mit einem anderen zusammen betreibt, das will sagen, das Mitgliedschaftsrecht an einer offenen Handelsgesellschaft, und zwar vornehmlich deshalb, weil der Anspruch auf Auskehrung Vorbehaltsgut wäre. Dagegen macht Thiele (S. 348) mit Recht aufmerksam, daß auf diese Weise das eingebrachte Vermögen gewissermaßen unter dem Tische verschwinden würde, ohne daß ersichtlich wäre, durch welchen Akt sich dieser Uebergang vom eingebrachten Vermögen zum Vorbehaltsgut vollziehen soll. Auch wird der Anspruch auf Auskehrung des dem Gesellschaftsanteile entsprechenden Anteils am Gesellschaftsvermögen nicht durch den Betrieb des Erwerbsgeschäfts, sondern durch einen den Betrieb begründenden und vorbereitenden Akt, nämlich den Abschluß des Gesellschaftsvertrages, erworben.

---

[63]) § 1361 1: „Zugunsten der Gläubiger des Mannes wird vermutet, daß die im Besitz eines der Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Manne gehören. Dies gilt insbesondere auch für Inhaberpapiere und für Ordrepapiere, die mit Blancoindossament versehen sind".

[64]) Vgl. Hachenburg Vortr. S. 391.

[65]) II S. 282 ff.

§ 6.

Die Verfügungsbefugnis über das Erwerbsgeschäft, insbesondere das Mitgliedschaftsrecht.

Da also das Erwerbsgeschäft bzw. das Mitgliedsrecht an der Gesellschaft zum eingebrachten Gut gehört, unterliegt die Ehefrau hinsichtlich des Verfügungsrechts über diesen Teil ihres Vermögens den Beschränkungen des § 1395, welcher lautet: „Die Frau bedarf zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes".

Von dieser Bestimmung gewährt § 1405 für den Fall eine Ausnahme, daß der Betrieb mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Mannes geschieht: „Erteilt der Mann der Frau die Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist seine Zustimmung zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt . . . . Der Einwilligung des Mannes in den Geschäftsbetrieb steht es gleich, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch des Mannes das Erwerbsgeschäft betreibt . . . ."

Liegt diese Einwilligung vor, so wird durch die im Rahmen des Geschäftsbetriebs vorgenommenen Rechtsgeschäfte der Ehefrau das eingebrachte Gut mit Wirksamkeit gegenüber dem Manne verpflichtet. Erhebt der Mann Einspruch, so kann die Ehefrau in der Gesellschaft verbleiben, nicht aber über das eingebrachte Gut verfügen.

Gewisse Schwierigkeiten bietet hier der — in der Praxis wohl recht häufig eintretende — Fall, daß die Frau während bestehender Ehe durch Erbgang Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft wird.

Schon im alten H.G.B. war die Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft zulässig, daß nach dem Tode eines von ihnen der überlebende Gesellschafter die Gesellschaft mit seinen Erben fortsetzen sollte. Der Erbe hatte dann die Wahl, ob er als offener Handelsgesellschafter in der Gesellschaft verbleiben oder ausscheiden wollte. Das neue H.G.B. gestattet in seinem § 139 dem Erben, sein Verbleiben in der Ge-

sellschaft davon abhängig zu machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Die Ansichten gehen hier auseinander hinsichtlich der Befugnis der Ehefrau, die in diesen Fällen erforderlichen Erklärungen ohne Zustimmung des Ehemannes abzugeben. Nun ist es zweifellos, daß die Frau bei dem Eintritt in die Gesellschaft völlig selbständig verfahren darf; denn nach § 1406 B.G.B. bedarf sie nicht der Zustimmung des Mannes zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft.

Prüfen wir die Frage zunächst für den Fall, daß die Beteiligung an der Handelsgesellschaft mit Einwilligung des Mannes erfolgt. Dann ist die Frau, wie bereits erwähnt, zur Vornahme aller dergenigen Rechtsgeschäfte befugt, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Da § 1405 nicht nur von den Geschäften handelt, die der Betrieb gewöhnlich mit sich bringt, aber auch nicht, wie § 49 H.G.B., diejenigen Geschäfte umfaßt, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, so ist das Erfordernis der Zustimmung für den Einzelfall zu prüfen.[66]) Dieses Erfordernis scheint mir aber im konkreten Falle nicht gegeben. Denn § 139 H.G.B. behandelt die Abänderung bzw. Aufhebung des Gesellschaftsvertrages bei der vorliegenden Sachlage als ein Rechtsgeschäft, das der Geschäftsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt. Man kann auch mit Ullmann (S. 54) sagen, daß die Abänderung des Gesellschaftsvertrages zu den Rechtsgeschäften gehöre, welche der kontensierte Gewerbebetrieb nach der Regel des Lebens oder der allgemeinen Verkehrsanschauung erfordert.

Zweifelhafter kann die Entscheidung sein, wenn der Mann die Einwilligung zu dem Geschäftsbetrieb nicht erteilt hat. Will die Ehefrau von dem ihr nach § 139 H.G.B. zustehenden Recht, die Einräumung der Stellung als Kommanditistin zu verlangen, Gebrauch machen, so liegt darin nach allgemeiner richtiger Ansicht eine Verfügung über eingebrachtes Gut, zu der die Frau die Zustimmung des Mannes benötigt. Denn wenn man auch, um im Sinne Dernburgs ein der Frau günstiges Resultat herbeizu-

---

[66]) Ullmann Güterrecht S. 127; J.W. S. 53 ff.; Pietsch S. 7; Planck § 1405 4.

führen, darlegen wollte, daß die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft einen Akt der Haftungsbeschränkung darstellt, wie ihn die §§ 1406, 1 B.G.B., 999 Z.P.O., 218 K.O. der Frau ausdrücklich zubilligen,[67]) so ist doch ein wesentlicher Unterschied darin zu sehen, daß es sich bei jenem Verwaltungsakt, nicht aber bei diesem um eine Verfügung im Sinne des § 1395 handelt. Es dürfte daher unzulässig sein, aus jenem Paragraphen einen allgemeinen Rechtsgedanken herauslesen zu wollen. Das Gleiche verlangt Ullmann[68]) für die Erklärung der Frau, in der Gesellschaft als offene Gesellschafterin verbleiben zu wollen. Er sieht darin eine Verfügung über das Recht, die Einräumung der Stellung eines Kommanditisten zu fordern, weil damit letzteres Recht aufgehoben wird. Ist das richtig, so ist die ohne Einwilligung des Mannes abgegebene Erklärung unwirksam. Auch der Mann kann die Erklärung nicht wirksam abgeben, weil nach § 1375 sein Verwaltungsrecht nicht die Befugnis umfaßt, über eingebrachtes Gut ohne Zustimmung der Frau zu verfügen. Die Zustimmung der Frau kann jedoch nach § 1379 auf Antrag des Mannes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn die Frau sie ohne ausreichenden Grund verweigert, und wenn das Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes erforderlich ist.

Eine solche Verfügung liegt aber nach Ullmann nicht vor, wenn das Recht, die Einräumung der Stellung eines Kommanditisten zu verlangen, durch das Verstreichenlassen der Frist untergeht. Dies sei deshalb der Fall, weil die §§ 1398, 1375 Verfügungen durch Rechtsgeschäfte zur Voraussetzung hätten.

---

[67]) B.G.B. § 1406 1: „Die Frau bedarf nicht der Zustimmung des Mannes: 1 . . . . . zur Errichtung des Inventars über eine angefallene Erbschaft. C.P.O. § 999: „Ist eine Ehefrau die Erbin und gehört der Nachlaß zum e. G. . . . . so kann sowohl die Ehefrau als der Ehemann das Aufgebot beantragen, ohne daß die Zustimmung des anderen Teils erforderlich ist . . . . . ". K.O. § 128: „Ist die Ehefrau die Erbin und gehört der Nachlaß zum e. G. . . . . so kann sowohl die Ehefrau als der Ehemann die Eröffnung des Verfahrens beantragen, ohne daß die Zustimmung des anderen Teils erforderlich ist . . . . . ".

[68]) J.W. S. 51.

Diese Unterscheidung führt zu einem recht unbefriedigenden Ergebnis. Es ist nicht zu verstehen, warum das Gesetz andere Erfordernisse für die ausdrückliche als für die stillschweigende Erklärung, als welche sich das Verschweigen darstellt, aufstellen sollte. Diesem Widersinn begegnet denn auch Thiele (S. 350) durch Ausführungen, die zwar zu einem praktisch brauchbaren Resultat führen, in der Begründung aber nicht zweifelsfrei erscheinen. Er hält Ullmann entgegen, daß es sich garnicht um eine Verfügung über eingebrachtes Gut handele; denn jede Verfügung setze eine unmittelbare Veränderung des bestehenden Rechtszustandes voraus. Bleibe die Ehefrau Mitglied der offenen Handelsgesellschaft, so trete eine Veränderung nicht ein, und in ihrer Erklärung, offene Handelsgesellschafterin bleiben zu wollen, liege demnach keine Verfügung. Diese Erwiderung fehlt darin, daß sie die Veränderung des äußeren Rechtszustandes mit der Veränderung der Rechtslage als solcher identifiziert. Der Rechtszustand — von außen betrachtet — bleibt zwar unverändert; die Rechtsstellung der Frau erleidet jedoch eine Schmälerung durch die Einbuße des Wahlrechts. Dieses Recht erleidet durch jene Erklärung tatsächlich eine Veränderung. Richtig ist jedoch, daß in der Nichtausübung eines Rechts keineswegs eine Verfügung zu liegen brauche, wie Ullmann anzunehmen scheint. Auch im speziellen Falle decken sich die beiden Begriffe nicht. Nicht die Erklärung an sich verändert das Recht, die Duldung als Kommanditistin zu fordern. Es geht vielmehr durch die Kollision mit einem anderen Recht unter, also nicht kraft einer Verfügung.

Zu der Kündigung der Gesellschaft bedarf die Frau nach übereinstimmender Ansicht Thieles und Ullmanns der Zustimmung des Mannes. Wieruszowski ist anderer Anschauung, da er das Mitgliedschaftsrecht zum Vorbehaltsgut rechnet. Auch ich vermag mich den erstgenannten Schriftstellern nicht anzuschließen, jedoch aus anderen Erwägungen als Wieruszowski. Einerseits bedarf zwar die Frau zu einer Verfügung über eingebrachtes Gut, wie sie in der Kündigung des Vertrages unzweifelhaft zu sehen ist, nach § 1395 der Zustimmung des Mannes, andererseits folgt jedoch aus der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit der Frau, daß eine Pflicht zur Fortführung des

Erwerbsgeschäfts für sie nicht besteht.[69]) Eine solche Pflicht würde aber in concreto tatsächlich bestehen, wenn der Mann die Zustimmung zu der Kündigung verweigert. Denn der Mann kann die Verwaltung nicht übernehmen, weil die in Betracht zu ziehenden Gesellschaftsrechte nach § 717 B.G.B. unübertragbar sind.

Hier steht also Norm gegen Norm. Aber das Gesetz selbst gibt einen Fingerzeig, dem Dilemma zu entrinnen. Die für das gesetzliche eheliche Güterrecht grundlegende Vorschrift des § 1363[70]) bestimmt, daß das Vermögen der Frau dem Manne unterworfen sei. Im Verhältnis zu diesem Paragraphen kann die Bestimmung des § 1395 nur als Folgerung, nur als die Konsequenz eines Prinzips angesehen werden. Dieser Paragraph kann daher unmöglich den Inhalt jenes Paragraphen dahin erweitern, daß nicht nur das Vermögen, sondern auch die Person der Frau dem Manne unterworfen sei.

§ 7.

Der Erwerb aus dem Betrieb der offenen Handelsgesellschaft.

Dem Erwerb der Ehefrau aus dem Betriebe eines Geschäfts wurde schon im alten Recht eine besondere Stellung gewährt. So gebührten ihr nach dem Dotalsystem die Früchte ihrer Arbeit und die Nutzungen eines von ihr betriebenen Erwerbsgeschäfts.[71]) Einen anderen Standpunkt nahm das ältere deutsche Recht ein, das auf dem System der Verwaltungsgemeinschaft beruhte. Nach diesem System hatte der Mann die ehelichen Lasten allein zu tragen, dafür sollte aber auch ihm allein der Ertrag des beiderseitigen Vermögens und der beiderseitigen Arbeit zufallen. Diesen Gedanken führte der Sachsenspiegel konsequent durch.

In der weiteren Entwicklung wurde dieser Grundsatz auf Dienstleistungen der Frau im Hause und Gewerbe des Mannes beschränkt, während der Erwerb aus einem selbständigen Gewerbe

---

[69]) Cosack S. 39; Ullmann S. 124.

[70]) Planck zu § 1363.

[71]) Dernburg Pandekten Bd. 3 S. 10.

der Frau nur der Verwaltung und Nutznießung des Mannes, nicht aber seinem Eigentum unterworfen wurde.[72])

Das A.L.R. näherte sich wieder dem Prinzip des Sachsenspiegels mit der Vorschrift, daß alles, was die Frau in stehender Ehe erwirbt, sie der Regel nach dem Manne erwirbt (II 1, § 211). Aber es gab doch der Frau die Möglichkeit, die Einkünfte aus ihrem Gewerbe, ihrem eigenen Vermögen zu erwerben. Denn nach A.L.R. II 1, § 219 sollen zum Vermögen der Frau Grundstücke und Kapitalien gehören, die von den Einkünften eines besonderen Gewerbes der Frau angeschafft und zur Zeit der Vermögensabsonderung auf ihren Namen geschrieben sind. Sofern aber das Gewerbe nicht bloß mit dem vorbehaltenen Vermögen der Frau betrieben wird, oder etwas anderes ausdrücklich vereinbart worden ist, hat dieser dem Vermögen anheimfallende Gewinn aus dem Erwerbsgeschäft nur die Eigenschaft des Eingebrachten (A.L.R. II 1, § 220).

Das B.G.B. geht erheblich weiter.

Was die Frau durch den Betrieb eines selbständigen Erwerbsgeschäfts erwirbt, fällt in ihr Vorbehaltsgut. Fraglich ist jedoch, was als Erwerb anzusehen ist. Erwerb im Sinne des § 1367 ist nicht bloß der Gewinn, wie im A.L.R., sondern der gesamte Erlös aus den Umsatzgeschäften, durch welche das Erwerbsgeschäft betrieben wird, so daß also, auch wenn die Summe der zu dem Erwerbsgeschäft gehörigen Vermögensobjekte zum eingebrachten Gut ursprünglich gehörte, diejenigen Vermögenswerte, welche aus den Umsatzgeschäften resultieren, Vorbehaltsgut werden.[73]) Voraussetzung ist in letzterem Falle, daß der Geschäftsbetrieb vom Manne konsentiert ist (§ 1395).

Danach ist in der offenen Handelsgesellschaft Erwerb alles das, was die Frau aus dem Gesellschaftsvermögen zu entnehmen berechtigt ist und tatsächlich entnimmt. Ferner kann als Erwerb dasjenige gelten, was dem Kapitalkonto des Gesellschafters zugeschrieben wird. Aber das Kapitalkonto hat bis zur Auseinandersetzung keine rechtliche Bedeutung (sagt Ullmann S. 53). Daher

---

[72]) Roth Deutsches Privatrecht Bd. II § 136 Nr. 6.

[73]) Mot. IV S. 176.

kann als Erwerb nur der im Augenblick der Auseinandersetzung vorhandene Ueberschuß über die Einlage angesehen werden. „Es sei nicht zweifelhaft, daß diese Werterhöhung . . . . vor Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses nicht als Erwerb im Sinne des § 1367 B.G.B. anzusehen sei, und es ergäbe sich hieraus, daß, wenn das der Ehefrau in ihrer Eigenschaft als offene Gesellschafterin zustehende Recht am Gesellschaftsvermögen zum eingebrachten Gut gehört, an der Zugehörigkeit nichts geändert wird, wenn dieses Recht durch die im Laufe des Geschäftsjahrs erfolgende Aenderung des Gesellschaftsvermögens oder durch die Zuschreibung zum Kapitalanteil in seinem Wert erhöht wird. Auch dieses in seinem Wert erhöhte Recht bleibe trotz der Werterhöhung eingebrachtes Gut."

Man kann auch m. E. nicht dagegen einwenden, daß sich das Recht des Gesellschafters auf Auszahlung dadurch erweitert.[74]) Das Recht verändert sich nicht durch Veränderung des zu fordernden Gegenstandes, denn es ist ja nicht gerichtet auf Auszahlung der ursprünglichen Einlage, sondern auf dasjenige, was dem Gesellschafter im Augenblick der Auseinandersetzung zukommt.

Da also dieses Recht keine Veränderung erfahren hat, so kann auch schlechterdings nicht von einem Erwerb die Rede sein. Erst wenn sich bei der Auseinandersetzung ein Ueberschuß ergibt, erhält die Ehefrau nicht nur das ursprüngliche Aequivalent ihres Mitgliedschaftsrechts — ihre Einlage — sondern ein Mehr, das in ihr Vorbehaltsgut fällt.

§ 8.

Der Erwerb aus dem Betriebe der Kommanditgesellschaft.

Da nach der hier vertretenen Anschauung der Kommanditist selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, so gilt für den Erwerb aus dem Betriebe der Gesellschaft prinzipiell das Gleiche, was oben in Beziehung auf den aus dem Betriebe der offenen Handelsgesellschaft gewonnenen Erwerb gesagt ist.

---

[74]) Thiele S. 348, 349.

Doch ist die Rechtslage hier wesentlich vereinfacht. Nach § 167, 2 H.G.B. wird der einem Kommanditisten zukommende Gewinn seinem Kapitalanteile nur so lange zugeschrieben, als dieser den Betrag der bedungenen Einlage nicht erreicht hat. Der am Ende des Geschäftsjahres vorhandene Ueberschuß über die bedungene Einlage ist also zweifellos Erwerb im Sinne des § 1367 B.G.B. Da ferner nach § 169 H.G.B. der Kommanditist nur Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns hat, so fällt die im vorigen Paragraphen erörterte Frage fort, ob das vom Gesellschafter gemäß § 122 H.G.B. erhobene Geld als Erwerb anzusehen ist.

Ganz andere Rechtsverhältnisse würden sich freilich auch hinsichtlich des Gewinnes ergeben, wenn mit der herrschenden Meinung anzunehmen wäre, daß der Kommanditist nicht selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt.

Dann fiele der Gewinn dem Manne kraft seines Nutznießungsrechts zu, so lange die Einlage unberührt bleibt. Denn das Recht auf den Gewinn ist übertragbar und unterliegt daher der Nutznießung. Der Gewinn gilt aber bei unverminderter Einlage nur als Buchforderung des Kommanditisten.[75]) Das Recht, seine Herauszahlung zu verlangen, ist also kein Gesellschaftsrecht und kann deshalb vom Ehemann betätigt werden.

Das Recht des Ehemannes wird jedoch beeinträchtigt, wenn die Einlage durch Gesellschaftsverluste vermindert ist. Denn § 169 bestimmt, daß der Kommanditist die Auszahlung nicht fordern kann, wenn sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde. Der Nutznießer hat aber nicht mehr Rechte als der Berechtigte selber. Der Anspruch auf Gutschrift auf Sonderkonto steht dem Anspruch auf Auszahlung gleich. Denn in beiden Fällen gilt der Gewinn als bezogen.[76])

---

[75]) H.G.B. § 167 Denkschr. z. H.G.B. S. 308.

[76]) Staub § 169 Anm. 8; Makower § 169 IV; Lehmann-Ring § 169 No. 2 D. z. H.G.B. S. 308/9.

Eine weitere Frage ist, ob die Ehefrau durch ihre Maßnahmen als Gesellschafterin auf das Recht des Ehemanns einwirken kann. Es steht nämlich an sich dem Kommanditisten nichts entgegen, durch Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern den Gewinn seinem Kapitalanteil zuschreiben zu lassen.[77]) Bedürfte ein solcher Vertrag — vorausgesetzt, daß dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft fehlt — der Zustimmung des Ehemannes?

Das ist wohl dann nicht der Fall, wenn die Ehefrau durch den Vertrag nur berechtigt wird, die Zuschreibung zu verlangen. Diesen Vertrag als eine Verfügung über das Mitgliedschaftsrecht, d. h. eingebrachtes Gut, deswegen aufzufassen, weil in den Rechten der Frau eine Veränderung eintritt, wäre m. E. irrig. Denn die Mitgliedschaft ist kein einheitliches Recht. Die aus ihr erwachsenden Rechte wurzeln freilich in demselben Boden, aber sie ragen in verschiedene Sphären, teils in die „einheitliche Gemeinsphäre", teils in die gesellschaftlichen Sondersphären der Teilhaber.[78])

Und sie haben nicht nur bald die Gesamthand, bald den Einzelnen zum Herrn, sie tragen auch verschiedenen Charakter, scheiden sich in Vermögens- und Herrschaftsrechte.[79]) Können so verschiedenartige Teile ein Ganzes bilden? Nein. Die Mitgliedschaft ist kein Recht. Sie ist nur ein tatsächliches Verhältnis, aus dem sich eine Reihe von selbständigen Rechten und Pflichten ergibt.[80]) Es kann daher nur fraglich sein, ob ein einzelnes aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringendes Recht durch den Vertrag in seinem Bestande oder seiner Zuständigkeit (Seckel) verändert wird. In Betracht kommt das Recht auf den Gewinnanteil. Es richtet sich bei unverminderter Einlage auf Auszahlung an den Mann bezw. Gutschrift auf sein Sonderkonto. Dieses Recht wird jedoch durch den Vertrag nicht in seinem rechtlichen Inhalt verändert, wenn es auch hinsichtlich seines materiellen Erfolges illu-

---

77) Cosack S. 540; Staub § 167 Anm. 2; Lehmann-Ring § 167 No. 5.
78) Gierke Genossensch. Th. S. 494; Deutsches P.R. I S. 676/77.
79) Staub § 109 Anm. 15.
80) Vgl. Binder S. 88.

sorisch werden kann. Eine Verfügung über das Recht des Mannes, wie Goldmann-Lilienthal (S. 756, Anm. 36) meinen, liegt aber nicht vor. Denn der Anspruch richtet sich auf Auszahlung usw. des aus dem Gesellschaftsvermögen kraft dispositiver Gesetzesnorm losgelösten Gewinnes.[81]) Ueber die Loslösung zu verfügen, ist aber ein unübertragbares Herrschaftsrecht des Gesellschafters.[82]) Nun kann man jedoch einwenden: Auch die unübertragbaren Rechte gehören zum eingebrachten Gut. Aber auch dieses Loslösungsrecht wird durch die Vereinbarung nicht betroffen. Denn es dürfte nicht angehen, das durch den Vertrag begründete Recht als eine Abänderung jenes Rechtes aufzufassen, etwa deswegen, weil es sich auch auf den Gewinn bezieht. Dazu ist dieses neue Recht seiner Natur nach viel zu selbständig.

Durch die Geltendmachung des neuen Rechts geht aber das alte Recht der Frau aus § 169, die Loslösung des Gewinnes aus dem Gesellschaftsvermögen zu verlangen, unter. Sie verfügt daher, wird man sagen, über eingebrachtes Gut und bedarf der Zustimmung des Mannes.

So darf man aber m. E. nicht argumentieren. Die Sachlage ist hier entsprechend wie im Falle des § 139 H.G.B. Ullmann[83]) will dort in der Erklärung der Frau, offene Handelsgesellschafterin zu bleiben, eine Verfügung über das Recht sehen, die Einräumung der Stellung eines Kommanditisten zu fordern. Dagegen weist Thiele[84]) treffend nach, daß der Begriff „über ein Recht verfügen" nicht ohne weiteres zu identifizieren sei mit „ein Recht nicht ausüben". Gleiches gilt hier. Die Ehefrau hat zwei Rechte. Die Ausübung des einen vernichtet das andere. Da in der Ausübung des Rechts an sich keine Verfügung liegt, muß diese ihr freistehen. Wollte man aber eine Verfügung annehmen, so könnte sie sich nur als Verzicht darstellen. Die Konstruktion eines solchen Verzichtvertrages (§ 397 B.G.B.) wäre m. E. nur

---

[81]) Kohler Lehrb. II S. 61 Note 1; Staudinger Bd. 2b § 717 2a; Motive Bd. 2 S. 614.

[82]) Staub § 109, Anm. 15; Knoke S. 39

[83]) J. Woch. 02.

[84]) S. 350/1.

auf folgende Weise möglich: Dem Vertrage, in welchem das Recht auf Zuschreibung geschaffen wird, ist stillschweigend ein durch die Ausübung des Rechts bedingter Verzichtvertrag auf das alte Recht angeschlossen. Dieser Konstruktion wird durch das Bedenken die Stütze entzogen, daß die Parteien die Bestimmung des § 169 garnicht gekannt haben mögen. Das ist besonders dann gut möglich, wenn der Vertrag vor Ablauf eines Jahres nach Bestehen der Kommanditgesellschaft geschlossen wird. Eine Verfügung liegt also nicht vor, wohl aber eine Kollision des Gesellschaftsrechtes der Ehefrau und des Nutznießungsrechtes des Ehemannes. Da dieses sich als schwächer erweist, so geht es unter.

Der Gewinnanteil wird also dem Kapitalanteil zugeschrieben und teilt dessen Rechtsschicksale bis zur Auflösung der Gesellschaft. Ergibt sich, daß bei der Auflösung der auf den Kommanditisten entfallende Anteil gleich einer (ursprünglichen) Einlage ist, so stehen dem Manne keinerlei Rechte zu.

Es soll noch kurz die Stellung des Ehemannes im Konkurse der Gesellschaft besprochen werden, wenn der Saldo der Ehefrau größer ist als ihre Einlage. Dieser Fall kann sich ereignen, wenn der Gesellschaft etwa plötzlich der Bankkredit entzogen wird, und sie aus diesem Grunde, ohne Verluste erlitten zu haben, ihren Verpflichtungen nicht nachkommen kann. Der Mann kann dann keine Rechte geltend machen. Denn, wie oben gezeigt, richtet sich der Anspruch des Ehemannes nur auf den aus dem Gesellschaftsvermögen losgelösten Erwerb. Da eine Loslösung vor der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht stattgefunden hat, so stehen dem Ehemann auch keine Vermögensansprüche gegen die Gesellschaft zu (K.O. § 3).